UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES

CONTRATS DE CONCOURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences économiques et politiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le lundi 15 juin 1925, à 14 heures

PAR

HENRI VINEY

Lauréat de la Faculté de Droit de Dijon
(1er prix de Droit civil, 3e année, 1920)

Président de la thèse : M. André GUILLOIS

Suffragants { M. Pierre-Louis LUCAS
M. Georges SCELLE

DIJON
IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER
12, rue Berbisey, 12
—
1925

DES CONTRATS DE CONCOURS

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DES
CONTRATS DE CONCOURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences économiques et politiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le lundi 15 juin 1925, à 14 heures

PAR

HENRI VINEY

Lauréat de la Faculté de Droit de Dijon
(1er prix de Droit civil, 3e année, 1920)

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. ANDRÉ GUILLOIS

SUFFRAGANTS { M. PIERRE-LOUIS LUCAS
M. GEORGES SCELLE

DIJON
IMPRIMERIE VEUVE PAUL BERTHIER
12, rue Berbisey, 12
—
1925

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Des Contrats de Concours

INTRODUCTION

Définition

§ 1. — **On nomme couramment offre de concours une subvention volontaire, en vue d'un travail public, consentie par une personne étrangère à l'administration qui est chargée d'ordonner les travaux.**

Cette appellation semble de création jurisprudentielle, vraisemblablement à cause de cette origine, son sens n'est pas très précis.

En pareil cas, Pascal autorise chaque auteur à donner aux termes la signification qui lui convient, même s'il doit pour cela les détourner quelque peu de leur sens courant ; à condition, bien entendu, d'avertir le lecteur par une définition claire.

Nous profiterons de la permission de Pascal et nous définirons l'offre de concours :

« Une convention par laquelle une personne s'engage, vis-à-vis d'une administration publique, à supporter tout ou partie des charges résultant d'une opération administrative ».

Il convient d'analyser cette définition :

A) Nous avons défini l'offre de concours « une convention ». Nous avons ainsi exclu de notre définition les contributions forcées de plus-value instituées par certaines lois, ou les subventions que la loi met à la charge de certaines personnes administratives, parce que ces contributions ont le caractère d'impôt ; ce ne sont pas des contributions volontaires.

Nous avons voulu également écarter les legs faits aux établissements publics sous condition de l'exécution d'une opération administrative, parce qu'il importe de distinguer nettement la matière des legs de la matière des contrats. Cependant, cette hypothèse se rapproche beaucoup de celle qui fera l'objet de notre étude. Nous nous réservons d'en parler en passant.

C'est pourquoi, nous emploierons indifféremment ces deux expressions « offres de concours » et « contrats de concours », la première ayant l'avantage d'être d'usage plus courant, la seconde d'être plus précise.

B) L'offre de concours est une prestation consentie en vue d'une opération administrative, c'est-à-dire une opération accomplie par une personne administrative, et se rattachant directement et nécessairement à la création ou à l'exécution d'un service public.

En d'autres termes, le *contrat de concours est un contrat administratif.*

Nous renonçons à réserver la dénomination d'offres de concours aux subventions consenties en vue des seuls travaux publics, parce que nous croyons qu'il y a intérêt à grouper autant que possible toutes les hypothèses de subventions volontaires aux opérations administratives, quelle que soit la nature de celles-ci, sous une même déno-

mination, puisqu'il y a entre elles identité de nature juridique.

Nous réservons, au contraire, cette dénomination aux subventions consenties en vue d'une ou plusieurs opérations administratives déterminées, par opposition aux subventions accordées à un service sans affectation déterminée.

Les subventions accordées par les conseils généraux, en vertu des articles 5 et 6 de la loi du 12 mars 1880, sont des offres de concours parce qu'elles sont accordées en vue de l'entretien de certains travaux déterminés.

Par contre, les subventions de l'État aux départements pauvres ne sont pas des offres de concours, n'étant pas affectées à des opérations définies.

Les subventions allouées, en vue de la création d'un service public personnalisé, sont des offres de concours, car la création d'un service public est une opération administrative *déterminée.*

C) Nous avons dit que l'offre de concours est une convention par laquelle une personne s'engage à supporter tout ou partie des charges résultant d'une opération administrative.

Cette formule est très extensive ; les charges, résultant d'une opération administrative, sont de toutes sortes (achats de matériaux et de terrains, rétribution du personnel nécessaire à son exécution etc.), et il y a bien des manières de contribuer à ces charges : (dons, prêts, garantie d'intérêt, avances remboursables, exécution gratuite par le souscripteur).

L'offre de concours peut donc affecter les formes les plus variées.

Ainsi, le contrat de concours n'est pas un contrat *sui*

generis, comme on le dit quelquefois, si l'on entend, par cette expression, opposer le contrat de concours aux types de conventions réglementées par le Code civil.

§ 2. — Si nous avons choisi comme sujet de thèse l'étude de ce contrat, c'est qu'il constitue, autant que le contrat de concession, plus encore que le marché de travaux publics, un type caractéristique de contrat administratif.

Or, les contrats administratifs, si l'on veut nous permettre cette expression géographique, sont à la frontière du droit public et du droit privé ; leur étude permet d'embrasser d'un seul coup d'œil leur domaine respectif et d'établir ainsi entre eux une comparaison fructueuse.

Les offres de concours *sont des contrats*, c'est-à-dire qu'elles mettent en rapport deux parties traitant sur le pied d'égalité. La personne publique contractante traite, non pas en tant que *puissance souveraine, mais en tant que sujet de droit*, soumise, par conséquent, à la loi du contrat et aux principales règles du droit civil.

En même temps, l'offre de concours est un *contrat administratif*, c'est-à-dire un contrat dans lequel une des parties est une personne publique agissant dans l'intérêt des services publics, donc :

1° Les règles régissant la capacité des personnes publiques et les formes dans lesquelles doit intervenir leur consentement, les règles qui désignent les autorités administratives compétentes pour représenter ces personnes et les autoriser, intéressent l'étude de notre contrat.

2° Les personnes publiques, étant détentrices à la fois des prérogatives de puissance souveraine qu'il ne leur est, en principe, pas permis d'aliéner, et de droits patrimoniaux dont elles peuvent disposer comme toute personne de droit privé, il s'ensuit que l'étude du régime du contrat d'offre de concours, comme de tout contrat administratif, comporte la discrimination des droits privés des administrations et de leurs prérogatives de droit public.

3° Si les règles de fond qui régissent les conventions civiles doivent s'appliquer à notre contrat, certaines règles de droit civil n'ont de raison d'être que parce qu'elles concernent les rapports de particulier à particulier ; elles ne concernent pas les contrats de concours.

4° Enfin, comme ce contrat intéresse directement la gestion des services publics, il est normal d'en confier, en principe, le contentieux aux juges administratifs.

CHAPITRE PREMIER

Nature juridique du contrat de concours

I. — Ce qui caractérise l'offre de concours telle que nous l'avons définie, c'est que la cause juridique des obligations du souscripteur consiste dans l'exécution d'une opération administrative.

Ici, nous devons indiquer brièvement le sens que nous donnons au mot « cause » dont la notion est si contestée et si obscure qu'elle risquerait, sans une définition préalable, de laisser subsister quelques ténèbres dans notre étude.

Pour nous, dans un contrat, la cause des obligations de chacune des parties contractantes est celle des conséquences nécessaires du contrat que cette partie a principalement recherchée en contractant (1).

Il importe d'analyser et d'expliquer cette définition :

A) La cause est une conséquence *nécessaire* du con-

---

(1) La cause des obligations contractuelles se confond donc avec le but de celui qui s'oblige.

trat. *Nous appelons conséquences nécessaires celles de la réalisation desquelles dépend l'existence ou l'intégrité des obligations contractées :*

J'achète une maison ; j'attends de ce contrat deux conséquences : 1° l'acquisition de la propriété de cet immeuble ; 2° la jouissance effective. Entre ces deux conséquences, il y a une différence de nature juridique ; la première est nécessaire, la seconde ne l'est pas. Si la personne à qui j'ai acheté la maison n'en n'était pas propriétaire ou si la chose achetée était inaliénable, le contrat serait résolu de plein droit.

Au contraire, si, la maison achetée, une circonstance quelconque m'empêchait d'entrer en jouissance, le contrat subsisterait.

Ceci permet de distinguer nettement la *cause* des *motifs* : la cause est un motif, mais c'est plus qu'un motif. Il y a des motifs qui consistent dans la perspective d'un avantage à obtenir, mais dont la réalisation ou la non réalisation ne peut avoir aucune conséquence quant à l'existence des obligations contractées.

La cause, au contraire, est intimement liée à l'obligation dont elle est un élément essentiel et vital.

B) La cause n'est pas la seule conséquence nécessaire du contrat ; les obligations dont elle est le support sont également conséquences nécessaires du contrat ; il faut les distinguer de leur cause, ce qui n'est pas toujours facile dans les contrats gratuits.

Il y a aussi des conséquences nécessaires du contrat qui ne constituent, à l'égard d'une des parties, ni une obligation, ni la cause de ses obligations et qu'il faut distinguer de la cause.

Nous avons résolu cette double difficulté en définis-

sant la cause : « celle des conséquences nécessaires du contrat qu'a principalement recherchée le titulaire passif de l'obligation ». *La cause est un motif déterminant.*

Il est évident que chacun des contractants a voulu toutes les conséquences du *contrat, mais il ne les a pas voulues toutes avec la même intensité.* Celui ou ceux des contractants qui s'obligent *ont bien voulu* s'obliger, mais il est évident qu'ils ne l'ont voulu *qu'à regret; ils y ont seulement consenti,* dans le but d'obtenir pour eux ou de conférer à leur co-contractant ou à un tiers un avantage. Si j'ai acheté une maison 200.000 francs, j'ai *accepté* de donner 200.000 francs à mon vendeur ; mais il est évident que si j'ai consenti ce sacrifice, c'est parce qu'il *ne m'était pas possible de faire autrement.* Si je donne 100.000 francs à Pierre, ce que je cherche, c'est à enrichir Pierre, en lui constituant un droit de propriété sur une somme de 100.000 francs. J'accepte pour cela de m'appauvrir, mais il est évident que si je pouvais enrichir Pierre, sans m'appauvrir moi-même, je le ferais.

C'est ainsi que la cause est toujours psychologiquement et juridiquement distincte des obligations dont elle est le support, et cela *même dans les contrats gratuits.*

D'autre part, celui qui s'oblige a pu *rechercher,* pour lui ou pour d'autres, certains avantages qui constituent des conséquences nécessaires du contrat, mais dont cependant la perspective ne l'a pas déterminé à contracter, qui ne sont donc pas la cause des obligations engendrées par le contrat.

Je prête une certaine somme à Pierre au taux de 1 % : l'obligation pour Pierre de me verser cet intérêt est *une conséquence nécessaire* du contrat ; ce n'est cependant

pas la cause de mon obligation, car il est évident que cet avantage minime ne m'a pas déterminé à contracter ; ce que j'ai principalement voulu et recherché, *c'était rendre service à Pierre* en lui constituant un droit de jouissance sur la somme prêtée. C'est cela qui est la cause de mon obligation.

Les causes des obligations des parties en présence sont les éléments caractéristiques d'un contrat. Ce sont elles qui confèrent au contrat sa physionomie.

Revenons maintenant aux offres de concours. Ce qui caractérise notre contrat, c'est que la cause des obligations du souscripteur consiste dans l'exécution d'une opération administrative ; ceci veut dire que, par le contrat de concours, le souscripteur a eu pour but principal la réalisation d'une opération administrative, de laquelle dépend l'existence même du contrat, que le souscripteur vise d'ailleurs en définitive à rendre service à ses concitoyens ou simplement à obtenir un avantage personnel. S'il consent une souscription, ce sera dans le but d'obtenir l'exécution de cette opération qui, dans son esprit, justifie ce sacrifice.

Ce caractère distingue notre contrat des contrats normaux d'entreprise et de concession de travaux publics.

Un entrepreneur prend l'engagement vis-à-vis de l'administration d'exécuter un pont moyennant un somme forfaitaire de un million de francs, par exemple ; il a calculé auparavant qu'il pourra exécuter le travail moyennant 950.000 francs ; il est évident que ledit entrepreneur n'a pas agi en considération des avantages que le pont, par sa destination naturelle, pourra rendre, soit à ses concitoyens, soit à lui-même, mais en considé-

ration du bénéfice de 50.000 francs qu'il escompte : c'est ce bénéfice éventuel qui constitue la cause de son obligation ; il n'y a pas offre de concours.

Une compagnie de tramways électriques s'engage, vis-à-vis de l'administration, à assurer le service des transports en commun sur un certain parcours ; ladite société a traité, bien moins en considération des services en nature que cette ligne doit procurer aux usagers, qu'en vue des redevances à percevoir ; c'est le droit à ces redevances qui constitue la cause des obligations de la compagnie concessionnaire ; il y a contrat de concession et non pas offre de concours.

De même, la définition que nous avons donnée de l'offre de concours distingue nettement notre hypothèse de celle des emprunts administratifs ordinaires.

Une ville, désirant réaliser un plan d'embellissement, emprunte à 5 pour cent. Il faut considérer que, les prêteurs étant payés à un taux normal et par un débiteur dont le crédit est solide, ont cherché à réaliser une opération de placement au moins autant qu'à obtenir l'embellissement d'une ville, résultat que le contrat de prêt ne leur donne aucun moyen juridique d'exiger et qui, par conséquent, ne constitue pas une conséquence nécessaire du contrat ; c'est pourquoi il n'y a pas offre de concours mais prêt à intérêt.

Au contraire, un propriétaire s'engage à verser à l'administration une certaine somme pour l'établissement d'un chemin qui doit passer à proximité de son immeuble ; il est certain que le souscripteur n'attend de compensation à son sacrifice que de l'existence même du chemin et des services qu'il peut lui rendre par sa destination naturelle. L'exécution du chemin est la

cause de son obligation ; nous dirons qu'il y a offre de concours (1).

Des règles posées, nous pouvons tirer le corrollaire suivant : en règle générale l'opération administrative qui constitue la cause des obligations ou charges du souscripteur, constitue également la cause des obligations ou charges de l'administration, ou du moins est un des éléments constitutifs des obligations ou charges de l'administration.

Ceci revient à dire que l'administration doit, en concluant le contrat de concours, avoir pour but principal d'obtenir des ressources destinées *uniquement* à faciliter les opérations déterminées par le contrat, et que la subvention promise ne doit pas dépasser les frais, au moins probables, de l'opération ; sans quoi, le contrat ne pourrait être qualifié contrat de concours ou serait illicite.

Expliquons-nous : une subvention a été versée en vue d'une opération administrative, par exemple l'établissement d'un chemin ; cette somme dépasse de beaucoup les frais de l'opération ; la somme versée était de 50.000 francs, le coût de l'opération de 20.000 francs. Il y a deux hypothèses :

Première hypothèse : le souscripteur a entendu faire une libéralité à l'administration. Dans ce cas, il n'y a pas offre de concours dans le sens que nous avons donné à ce terme puisqu'on ne peut pas dire que l'opération

---

(1) Si, au lieu de verser une somme, le propriétaire avait prêté au taux de 1 %, il y aurait encore offre de concours, car il est certain que le souscripteur n'aurait pas entendu trouver dans les intérêts minimes stipulés, une compensation au sacrifice ainsi consenti puisqu'il pouvait facilement placer son argent à 5 ou 6 % ; c'est l'opération administrative en elle-même qui constitue la cause de l'obligation du souscripteur.

administrative est le but principal que s'est proposé le souscripteur, donc la cause de ses obligations : c'est *une donation avec charge* (ayant, il est vrai, de grandes analogies avec le contrat de concours).

Deuxième hypothèse : le souscripteur n'a pas entendu faire une libéralité à l'administration ; mais il avait grand intérêt à l'établissement du chemin et il a voulu vaincre la résistance de l'administration.

Nous n'hésitons pas à dire qu'il y aurait alors, vraisemblablement, convention illicite. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'administration estimait que la construction du chemin n'était pas justifiée par l'intérêt général, alors elle ne devait sous aucun prétexte se mêler de le faire construire, même pour obtenir des ressources ; l'administration ne peut pas plus se faire entrepreneur que commerçant (1). Ou bien, elle considérait la construction de ce chemin comme désirable au point de vue de l'intérêt général ; mais, exploitant le désir du souscripteur, elle résistait afin d'obtenir une subvention plus large que celle qui était nécessaire à l'exécution de l'opération. Dans ce cas, il y aurait encore, à notre avis, convention illicite (2).

Enfin, si la somme exigée par l'administration dépas-

---

(1) L'administration peut, cependant, parfois procurer *accessoirement* à un particulier un avantage d'ordre privé, mais lorsque cet avantage constitue la cause des obligations du co-contractant, il y a simple convention d'ordre privé (V. *infra*. Compétence).

(2) Sauf dans l'hypothèse suivante :

La loi du 16 septembre 1807, article 30, et la loi du 3 mai 1841, modifiées par les lois des 6 novembre 1918 et 17 juillet 1921, donnent à l'administration le droit de percevoir une indemnité de plus-value à l'occasion de travaux publics ; on ne pourrait donc déclarer illicite une convention par laquelle une personne consentirait volontairement une indemnité que l'administration serait en droit d'exiger, même si cette somme dépassait de beaucoup les frais résultant des travaux ; c'est un cas exceptionnel.

sait celle que la loi permet de percevoir, nous considérons qu'il y aurait convention illicite ; ce serait, en effet, un véritable impôt établi par un moyen illégal.

Donc, en règle générale, l'offre de concours n'est licite que si la souscription ne dépasse pas les frais probables de l'opération.

Si nous disons *frais probables*, c'est que nous admettons parfaitement qu'une offre de concours puisse avoir un certain caractère aléatoire ; une personne promet 100.000 francs à l'administration, en vue d'un certain travail; elle stipule que si le coût de l'opération est inférieur à cette somme, l'économie réalisée appartiendra à l'administration ; cette convention est licite et même bonne en soi, car elle encourage l'administration à exécuter le travail d'une manière économique.

Nous ne voulons pas non plus, bien entendu, dénier à l'administration le droit de faire une certaine pression sur les particuliers pour qu'ils collaborent dans la mesure, (mais dans cette mesure seulement), de l'avantage qu'ils en retirent, aux opérations administratives. Ce qu'il faut éviter, c'est que, en l'absence de lois, certains services gratuits puissent être transformés en services lucratifs pour l'administration et puissent servir à alimenter le budget d'autres services. Sans un texte de loi, l'administration ne peut faire payer aux particuliers une redevance productrice de bénéfices. Ce serait un moyen d'établir des impôts par un procédé incorrect.

Cette question s'est posée dans une hypothèse analogue à la nôtre et pour ainsi dire symétrique.

Avant la loi de 1919, le Gouvernement avait imaginé d'imposer aux concessionnaires de mines l'obligation de souscrire des offres de concours, en vue de différentes

opérations administratives ; c'était un moyen détourné de transformer complètement la physionomie du contrat de concession, tel que l'avait institué la loi de 1810, puisqu'aux termes de celle-ci, la concession devait être faite à titre gratuit (si on entend par cette expression que le Gouvernement ne pouvait imposer aucune redevance aux concessionnaires). M. Berthelemy stigmatise, comme il convient, un pareil procédé (v. Berthelemy, précis, 10e éd. p. 745 et suiv.) que le conseil d'État condamne, par un avis du 26 décembre 1907. Le Conseil d'État ne va pas jusqu'à déclarer la nullité du contrat conclu en violation de ce principe. Cette sanction semblerait cependant s'imposer, en vertu de l'article 6 du Code civil.

Ce que nous venons de dire ne signifie pas, bien entendu (la formule que nous avons donnée l'implique), que l'administration et le souscripteur doivent se placer nécessairement au même point de vue. Il est possible que le contrat de concours ait été conclu en vue de plusieurs opérations administratives formant un ensemble complexe et que le souscripteur ait contribué à une opération administrative pour en obtenir une autre.

La jurisprudence offre des exemples de ce genre.

Un propriétaire contribue aux dépenses de desséchement d'un marais, à condition que l'administration en dessèche un autre (Cons. d'État 5 mars 1864, D. P. 65, 3, 33, Leb., p. 229).

Un propriétaire contribue aux dépenses de réfection d'un chemin à condition que l'administration se chargera de restaurer le mur de soutènement qui borde sa propriété (Cons. d'État 20 juil. 1910, départ. de l'Aveyron, Leb. p. 593). Notons que l'Administration pouvait,

sans incompétence, se charger de cette dernière opération ; l'existence d'un mur de soutènement est d'intérêt public, puisque ce mur protège le chemin contre les éboulements.

Donc, notre définition de l'offre de concours précise et rectifie celle qu'ont donnée certains auteurs (v. not. Bellemère, *Offres de concours en immeubles*, th., Paris, 1902) en ce que ceux-ci considèrent l'opération administrative en vue de laquelle la souscription a été fournie, seulement comme une condition potestative, alors que nous considérons cette opération comme la cause commune des obligations du souscripteur et de l'administration et comme l'objet du contrat. M. Bellemère affirme que l'objet du contrat est un transfert de propriété ; il est vrai que le transfert de propriété est généralement un des résultats de la convention, mais *l'objectif du souscripteur* n'est pas le transfert de propriété, qui n'est consenti que comme un moyen d'obtenir une opération administrative ou certaines conditions d'exécution de cette opération. Notre solution présente un intérêt pratique ; elle commande tout naturellement certains résultats équitables (v. *infra* chap. 7).

II. — Ce que nous avons dit nous permet de préciser davantage le caractère de notre contrat. Celui-ci est-il synallagmatique ou unilatéral ? est-il gratuit ou onéreux ?

Le contrat de concours est synallagmatique ou synallagmatique imparfait.

Un contrat synallagmatique est une convention dans laquelle la cause des obligations de chacune des parties consiste dans l'ensemble des conséquences ou dans une

des conséquences des obligations de son co-contractant.

Autrement dit :

Le contrat synallagmatique est celui par lequel chacune des parties cherche principalement à obtenir que son co-contractant s'oblige à faire, à ne pas faire ou à donner quelque chose.

La définition que nous venons d'énoncer implique donc, en premier lieu, que, par le contrat synallagmatique, les deux parties s'obligent mutuellement.

Or, dans le contrat de concours, d'une part, le souscripteur s'oblige toujours à donner ou à faire quelque chose ; d'autre part, rien ne s'oppose, en théorie, à ce que l'administration s'oblige à accomplir l'opération en vue de laquelle le contrat est conclu.

Dans ce cas, comme l'opération administrative est, par définition, la cause commune des obligations des parties en présence, le contrat de concours est synallagmatique et synallagmatique parfait.

Mais, en règle très générale, l'administration ne s'oblige pas à accomplir l'opération subventionnée.

Cependant, même dans ce cas, le contrat implique toujours que l'administration n'a droit à la subvention que si elle accomplit l'opération.

Le souscripteur s'engage donc, sous une condition potestative (suspensive ou résolutoire), dont la réalisation dépend de la volonté de l'administration.

Cette convention, si elle ne crée à la charge de l'administration aucune obligation proprement dite, lui confère, cependant, une charge potestative de même nature que les charges qui peuvent grever les libéralités et qui est en quelque sorte *une obligation imparfaite.* Cette charge constitue la cause des obligations du sous-

cripteur ; c'est pourquoi nous dirons que le contrat de concours est synallagmatique imparfait.

Nous nous permettons de détourner quelque peu ce terme de son sens courant. On désigne habituellement par cette expression, des conventions gratuites dans lesquelles les obligations d'une des parties sont purement accessoires et ne peuvent être considérées comme la cause des obligations de l'autre partie. Exemple ; prêt sans intérêt ; ces contrats sont, en réalité, des contrats unilatéraux parce que la cause des obligations d'une des parties est le droit constitué par elle au profit de l'autre contractant. Mais nous ne voyons pas pourquoi cette expression de « synallagmatique imparfait » ne s'appliquerait pas tout aussi exactement à notre contrat. Il est certain, d'une part, que le contrat de concours, habituellement du moins, n'est pas parfaitement synallagmatique puisque l'une des parties, l'administration, ne contracte aucune obligation. Mais, d'autre part, cette convention n'est pas unilatérale ; le mot répugne à la chose, puisque l'existence des obligations du souscripteur et du contrat lui-même dépend de l'exécution, par l'administration, d'un acte ou d'une opération.

III. — Le contrat de concours est-il un contrat onéreux ou un contrat gratuit ?

A première vue, cette question peut paraître embarrassante ; en effet, le contrat de concours offre nécessairement des analogies avec ces deux types de convention. D'une part, l'offre de concours est synallagmatique et on dit, en général, que tout contrat synallagmatique est nécessairement un contrat onéreux. Cela ne nous

semble d'ailleurs pas exact, du moins en ce qui concerne les offres de concours, pour des raisons que nous développerons plus loin. Mais, d'autre part, l'offre de concours, par certains aspects, ressemble à un contrat gratuit. En effet, par le contrat de concours, l'administration reçoit sans avoir à rien donner ; elle n'est tenue, en somme, qu'à travailler dans son intérêt, puisque l'*opération administrative* qu'elle doit accomplir pour bénéficier du concours est, par définition même, accomplie dans l'intérêt général qu'elle incarne. De plus, en règle générale, du moins, nous l'avons vu, elle conserve la faculté de se dégager ; par conséquent le fait même de s'engager n'est pas pour elle un sacrifice. Ce serait cependant une erreur de s'attacher trop exclusivement à ce point de vue ; ce qui distingue, en réalité, les contrats gratuits des contrats onéreux, c'est la réciprocité des avantages et non pas celle des sacrifices. Or, il est certain que, la plupart du temps, les subventions volontaires en vue des opérations administratives sont consenties dans un but intéressé. Un propriétaire foncier cède une parcelle de terrain pour la construction d'une route, qui donnera une plus-value à l'ensemble de sa propriété ; une commune contribue à l'édification d'une caserne en prévision de la prospérité que la présence d'un régiment apportera à la ville.

En réalité, il y a des offres de concours à titre onéreux (contrats de concours commutatifs) et des offres de concours à titre gratuit. Cette distinction ne semble pas toujours avoir été faite ; elle présente, cependant, un assez grand intérêt, non seulement théorique mais pratique. Néanmoins, il peut être assez difficile de discerner

le caractère d'une offre de concours ; cela tient non pas seulement à l'aspect complexe de notre contrat, mais aussi à l'incertitude de la doctrine, quant au critérium à employer pour distinguer les contrats onéreux des contrats gratuits. C'est pourquoi, nous croyons, pour plus de clarté, devoir préciser ce que nous entendons par contrat gratuit et contrat onéreux. Les définitions données par les articles 1105 et 1106 du Code civil ont été, à juste titre, critiquées. L'article 1105 dit que le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des partie procure à l'autre un avantage purement gratuit. Cette définition est équivoque ; l'adverbe « purement » qui est bien malheureusement placé dans cette formule, semble vouloir dire que, dès l'instant qu'une obligation quelconque est mise à la charge de chacune des parties, le contrat est onéreux ; et la formule de l'article 1106 parait confirmer cette interprétation. Mais celle-ci trahit évidemment les intentions du législateur en permettant, si on prenait à la lettre cette définition, de tourner très facilement les règles d'ordre public édictées par la loi à propos des donations et des legs. Il suffirait, par exemple, à un père de famille qui voudrait disposer de toute sa fortune au profit d'un de ses enfants, de passer avec lui un contrat par lequel il lui donnerait tous ses biens moyennant une prestation de très faible valeur. Aussi, faut-il écarter les définitions du Code. Lesquelles doit-on leur substituer ? Il ne nous appartient pas d'entreprendre une longue discussion sur cette question qui dépasserait le cadre de notre étude. Nous poserons seulement des principes.

Pour caractériser le contrat gratuit et le contrat onéreux, nous aurons encore recours à la notion de cause.

Les contrats à titre onéreux sont des conventions

synallagmatiques, parfaites ou imparfaites, dans lesquelles les charges de chacune des parties sont stipulées dans l'intérêt de leur co-contractant. Un contrat est donc onéreux s'il réunit deux conditions :

1° Si la cause des obligations ou charges de chacune des parties consiste dans l'exécution des obligations ou charges de son co-contractant.

2° Si ces obligations ou charges sont stipulées dans l'intérêt de celui-ci.

Autrement dit :

a) Si, en contractant, chacune des parties a eu pour but principal de déterminer son co-contractant à faire, ne pas faire ou donner quelque chose, et qu'elle a fait de la réalisation de ce but une conséquence nécessaire du contrat.

b) Si les obligations ou les charges, *prises en elles-mêmes et non dans leur objet*, sont établies principalement dans l'intérêt de la partie qui les a imposées.

1° Par conséquent, pour savoir si un contrat est onéreux, il ne faut pas examiner les motifs des parties, mais la cause de leurs obligations (la cause étant, comme nous l'avons dit plus haut, une conséquence nécessaire du contrat).

Un commerçant fait une charité considérable dans le but d'attirer l'attention sur lui et son commerce ; ce n'est pas un contrat onéreux ; car l'avantage que le donateur attend n'est pas une conséquence nécessaire du contrat, dans le sens que nous avons donné au mot « nécessaire », donc n'est pas la cause de son obligation, mais un simple motif.

2° Il ne faut pas non plus considérer l'objet de l'obligation ou de la charge, mais l'obligation ou la

charge *en elle-même* ; cela peut paraître un peu subtil, mais l'explication, que nous allons donner, éclairera notre pensée :

Je donne une parcelle de mon terrain à une ville, afin qu'elle y établisse un chemin dont j'attends un avantage personnel ; ce contrat de concours est onéreux parce que 1° j'ai eu pour but principal en contractant, de déterminer l'administration à exécuter une opération ; j'ai fait de la réalisation de cette condition une conséquence nécessaire du contrat. La cause de mon obligation est l'établissement du chemin mis à la charge de l'administration ; 2° parce que la charge qui pèse sur l'administration est établie *dans mon intérêt* ; il est vrai que les travaux à faire profitent à l'administration aussi bien qu'à moi ; mais *l'obligation* dans laquelle elle se trouve d'employer la subvention versée à l'établissement du chemin est stipulée *dans mon intérêt exclusif ;* il va de soi que l'administration aurait, en effet, tout avantage à pouvoir disposer librement de la subvention concédée (1).

---

(1) Précisons notre pensée : Il est certain que, de tout contrat, même gratuit, chacun des contractants attend une satisfaction personnelle : avantage surnaturel, satisfaction d'amour-propre, etc., etc... Aussi, lorsqu'on se trouve en présence d'un contrat synallagmatique, peut-il être assez difficile, *en pratique*, de savoir dans l'intérêt de quel contractant est stipulée telle ou telle clause et, par conséquent, de déterminer le caractère gratuit ou onéreux du contrat ; et cette difficulté peut se présenter très particulièrement dans des cas d'offres de concours. En effet, par définition même, comme nous l'avons dit plus haut, l'opération qui est mise à la charge de l'administration est avantageuse pour celle-ci ; bien plus, elle constitue le motif qui l'a déterminée à contracter, *la cause de ses obligations* (de telle sorte que, fait juridique très rare dans les contrats synallagmatiques, l'objet et la cause des obligations de l'administration se confondent, et — fait juridique qui est la règle générale dans les contrats gratuits — les causes des obligations de l'une et l'autre partie se confondent). Cependant, nous croyons qu'il y a un critérium théorique, très précis, pour distin-

Après les explications que nous venons de donner sur la définition des contrats onéreux, il nous est facile de préciser ce qu'est un contrat gratuit :

C'est une convention par laquelle une des parties procure avant tout un avantage à son co-contractant.

Il y a deux sortes de contrats gratuits proprement dits :

---

guer les contrats gratuits synallagmatiques des contrats onéreux ; ce critérium est subjectif.

Dans les contrats onéreux, la satisfaction psychologique recherchée par chacun des contractants n'est pas nécessairement liée à la satisfaction procurée à l'autre partie.

Tandis que, au contraire, dans les contrats gratuits, la satisfaction attendue par le bienfaiteur est **engendrée** exclusivement par la satisfaction (ou l'apparence de satisfaction) **prise en elle-même**, que le contrat doit procurer au bénéficiaire ; nous disons que la satisfaction attendue par le donateur est un *avantage réfléchi* parce que c'est la satisfaction du bénéficiaire qui se réfléchit sur le bienfaiteur.

Il s'ensuit que, dans le contrat gratuit, l'avantage attendu par le bienfaiteur est indissolublement et psychologiquement lié à l'avantage procuré au bénéficiaire.

Si je souscris une subvention en vue de la construction d'un hôpital, j'attends de ce contrat un avantage d'ordre surnaturel, une satisfaction altruiste ou seulement d'amour-propre ; mais cet avantage, je ne peux l'obtenir que parce que j'ai la conviction d'avoir contribué, dans une certaine mesure, au bonheur ou à l'atténuation du malheur d'autrui ; c'est un contrat essentiellement gratuit.

Au contraire, un industriel possède une usine éloignée des centres urbains ; afin de permettre à ses ouvriers de se rendre plus facilement à leur travail, il décide l'administration, en lui offrant son concours pécuniaire, à établir un tramway. Il est vraisemblable que la construction de cette ligne fera l'affaire à la fois de la collectivité et du souscripteur. Cependant, l'avantage recherché par celui-ci est distinct de celui de l'administration ; si, la ligne de tramway construite, on s'aperçoit que l'entreprise est trop onéreuse pour la ville, qu'elle ne peut pas rémunérer le capital investi, *le souscripteur n'en aura pas moins atteint son but ;* car, ce qu'il a voulu, c'était non pas avoir la satisfaction de se dire qu'il avait rendu service à ses concitoyens, *mais seulement obtenir une ligne de tramway pour desservir son usine ;* ce contrat est onéreux.

Il est certain que, spécialement en matière d'offres de concours, la distinction entre contrats onéreux et contrats gratuits peut être difficile. Dans certains cas, les juges saisis ne peuvent se décider qu'au moyen de présomptions.

1° Les contrats uni-latéraux (1).

2° Les contrats synallagmatiques, dans lesquels la cause des charges ou obligations d'une des parties consiste dans l'exécution d'une obligation ou charge stipulée dans l'intérêt de celui qui doit l'exécuter.

Il y a, de plus, des contrats mixtes onéreux ou seulement désintéressés à l'égard d'une des parties ; gratuits à l'égard d'une autre; des contrats synallagmatiques contenant, à titre de disposition principale, stipulation pour autrui.

1° Nous n'insisterons pas sur la première catégorie, celle des contrats uni-latéraux, puisqu'un contrat de concours est nécessairement synallagmatique.

2° Nous voulons par contre faire dès maintenant quelques observations sur la deuxième catégorie de contrats gratuits, que nous avons ainsi définie : des contrats synallagmatiques, dans lesquels la cause des obligations d'une des parties consiste dans les effets d'une obligation ou charge, stipulée dans l'intérêt de celui-là même qui doit l'exécuter.

On va peut-être nous objecter que ce genre de contrat n'existe pas et ne peut pas exister. En effet, nous dira-t-on, si je donne à Pierre 100.000 francs pour qu'il achète une maison, ce que je cherche, avant tout, c'est à enrichir Pierre ; la cause de mon obligation, c'est cet enrichissement et non pas l'obligation que Pierre aura d'acheter une maison. Cette analyse est certainement

---

(1) Nous ne considérons pas qu'un contrat onéreux puisse être parfaitement unilatéral, puisque dans le contrat onéreux, *par définition même*, les deux parties se confèrent mutuellement un avantage.

Nous considérons que la terminologie courante, qui qualifie certains contrats onéreux « unilatéraux », est défectueuse.

exacte la plupart du temps, mais pas toujours, spécialement en matière d'offre de concours.

Si je donne une somme à une ville pour qu'elle fonde une école des beaux-arts, je ne vise vraisemblablement pas à enrichir la ville qui pourrait, peut-être, avec les ressources dont elle dispose, organiser cet enseignement ; je désire, en quelque sorte, faire pression sur elle pour la déterminer à entreprendre ce service dont elle sera, il est vrai, la première à bénéficier ; j'agis dans son intérêt plutôt que dans le mien ; c'est pourquoi, ce contrat est gratuit ; mais j'ai cherché, avant tout, à lui créer une obligation ou une charge ; c'est cette obligation ou cette charge qui est la cause de la mienne.

Ce contrat est synallagmatique. Si je fais une donation à l'hôpital pour que le personnel soit congréganiste, ma donation est *un moyen* ; *le but*, c'est l'obligation ainsi créée à l'administration et cela n'empêche pas le contrat d'être gratuit car je suis mû par une intention désintéressée (1).

Si l'on pousse un peu l'analyse, on voit que toutes les hypothèses d'offres de concours gratuits se rapprochent au fond beaucoup de l'hypothèse de la stipulation pour autrui. L'administration est en somme une simple entité juridique qui n'a de raison d'être que comme

---

(1) Quant aux contrats synallagmatiques contenant, à titre de disposition principale, stipulation pour autrui, ils nous intéressent également. L'administration peut, en effet, accepter l'office d'intermédiaire entre un bienfaiteur et des personnes à secourir ; à la seule condition, cependant, que la donation à faire intéresse l'ordre public. L'administration est dans son rôle lorsqu'elle lutte contre la misère sous toutes ses formes ; c'est lutter contre la misère que de collaborer aux charités émanant des initiatives privées. L'administration peut donc accepter de distribuer aux pauvres des secours qui ont été versés, à cette intention, entre ses mains.

intermédiaire. Lorsque je donne à l'administration, ce que je cherche à enrichir, ce sont les personnes physiques qu'elle représente. Cependant, il faudrait se garder de pousser trop loin l'assimilation ; dans la stipulation pour autrui, la personne qui sert d'intermédiaire est très nettement distincte de celle du bénéficiaire définitif. Il n'en est pas de même dans l'hypothèse d'un contrat de concours gratuit conclu dans l'intérêt de l'administration ; car, dans ce cas, le gratifié est la collectivité ; l'intermédiaire, l'administration ; et l'administration n'est que la personnification juridique de la collectivité ; il faut tenir compte de ce point de vue.

Nous venons d'établir une distinction *théorique* entre les offres de concours onéreuses et les offres de concours gratuites.

Cela ne suffit pas ; il faut surtout les distinguer dans la pratique. Par quel procédé déterminer le caractère de la cause des obligations contractuelles ?

Il faut éviter, avant tout, de s'en remettre à la qualification donnée par les parties :

1° Ce serait, pour elles un moyen trop simple de tourner les règles d'ordre public édictées par la loi au sujet des donations.

2° La plupart du temps, aucune qualification n'est donnée au contrat de concours et il se présente plutôt sous les apparences d'un contrat gratuit alors qu'il est généralement onéreux.

Le meilleur procédé pour déterminer le caractère d'un contrat de concours consiste à comparer l'importance des avantages acquis à celle des sacrifices consentis par le souscripteur.

Si l'importance des avantages acquis est équivalente

ou supérieure à celle des sacrifices consentis, on pourra vraisemblablement présumer le caractère onéreux du contrat. Dans le cas contraire, on aura de fortes raisons pour penser qu'il est gratuit. Seulement, nous insistons sur ce point, la comparaison entre les avantages reçus et les sacrifices consentis ne peut être qu'un moyen de présumer le caractère du contrat ; ce n'est pas un criterium absolu, mais un moyen pratique pour appliquer le criterium théorique que nous avons précédemment admis.

En premier lieu, effectivement, il ne faut pas perdre de vue que la valeur est une notion purement subjective, et si la fréquence des transactions a établi, pour certains objets d'usage courant, une valeur objective, le prix courant, ce prix n'existe pas pour certains objets moins répandus et pour certains avantages ou droits incorporels. Il importe, en effet, au plus haut point, de sauvegarder le principe de l'autonomie de la volonté qui domine notre droit et qui consiste essentiellement dans la liberté à peu près absolue que possède chaque partie de déterminer la valeur qu'elle entend attacher à tel ou tel objet.

En second lieu, pour déterminer le caractère du contrat, il faut considérer la convention en elle-même ; tenir compte des éléments qui en font partie intégrante, mais non pas des motifs ou des résultats lointains et extérieurs à la convention.

Exemple : Si j'ai souscrit une subvention, en vue de l'embellissement de la rue que j'habite, et en considération du plaisir constant que j'y trouverai, j'ai conclu un contrat onéreux quoique l'avantage qui compense mon sacrifice ne soit pas appréciable en argent. Dans ce

cas, le criterium pratique que nous avons proposé n'est pas directement applicable.

De même (exemple déjà donné), un commerçant fait une donation, à grand retentissement, à l'hôpital de la ville, afin d'attirer l'attention sur son commerce ; il acquiert de ce fait un surcroît de clientèle ; c'est cependant un contrat à titre gratuit, car l'avantage personnel que le donateur pouvait attendre du contrat n'était pas une conséquence nécessaire de celui-ci ; il ne pouvait donc pas être la cause des obligations du donateur. Adopter un point de vue contraire serait fort dangereux ; il n'y a pas une seule libéralité qui ne puisse avoir des conséquences avantageuses pour celui qui l'a faite. Bien plus, on peut toujours dire que c'est en vue d'un avantage personnel qu'on a donné, et en vue d'un avantage supérieur (au moins psychologiquement) au sacrifice consenti ; on donne à un malheureux, soit pour acquérir un mérite d'ordre surnaturel, soit pour satisfaire sa sensibilité qui éprouve un malaise à la vue des misères humaines, soit pour se procurer une satisfaction de vanité, satisfaction fort délicate (l'Évangile ne nous dit-il pas que ceux qui donnent avec ostentation auront leur récompense en ce monde) ; on donne pour se constituer une créance de reconnaissance, créance plus précieuse que toutes les autres (1).

Donc, si l'on compare la valeur des avantages et des sacrifices acquis et consentis de part et d'autre, ce ne peut être que comme *un moyen* de présumer la cause réelle des obligations des contractants, et ce moyen n'est ni universel ni infaillible. Cependant, dans la plupart

(1) Voir d'ailleurs *supra* p. 21.

des cas, on peut l'employer : un propriétaire forestier a donné une parcelle de son terrain à l'administration, en vue d'une route à établir ; cette route, en facilitant considérablement l'exploitation du reste du domaine, confère à celui-ci une plus-value très supérieure à la valeur du sacrifice consenti ; cette plus-value est la conséquence directe et nécessaire d'une obligation engendrée par le contrat ; cette obligation est donc la cause du contrat ; elle est établie dans l'intérêt du souscripteur ; il y a offre de concours onéreuse.

Une personne donne un million de francs en vue de la fondation d'un hôpital ; il est certain qu'elle n'a pas été déterminée par la considération des avantages personnels que l'hôpital à construire pouvait éventuellement lui apporter ; si elle tombe malade, elle aura de quoi se faire soigner chez elle beaucoup mieux encore qu'à l'hôpital. Si la cause de son obligation consiste dans le droit d'exiger la construction de l'hôpital, ce droit n'a été stipulé par elle que dans l'intérêt de la société et spécialement des indigents ; il y a donc offre de concours gratuite.

Lorsque la comparaison entre l'importance des sacrifices et celle des avantages n'est pas possible directement, elle l'est parfois indirectement.

Si quelqu'un verse une subvention pour la construction d'une église, et si cette somme dépasse celle qui lui incomberait normalement si on répartissait la dépense entre les fidèles proportionnellement à leurs ressources, il y a tout lieu de croire que le souscripteur a agi dans l'intérêt de la communauté des fidèles plus encore que dans le sien propre. Mais cette présomption pourrait être renversée s'il était prouvé, ou bien que le souscripteur

espérait retirer de cette opération une plus-value de sa propriété, ou même que cette opération était la condition expresse du maintien d'un prêtre dans la paroisse, que les autres habitants n'étaient pas disposés à faire ce sacrifice, et que le souscripteur attachait pour lui-même une importance très grande au voisinage d'une église et d'un prêtre.

Tels sont les principes d'après lesquels on doit, à notre avis, distinguer les contrats onéreux des contrats gratuits. Ajoutons que, cette distinction théorique une fois faite, il y a encore lieu de se demander comment, et dans quelle mesure, appliquer aux contrats de concours gratuits les règles de la loi concernant les libéralités ; c'est une question assez complexe que nous aurons à traiter au cours de cette étude (1).

---

(1) Au moment où nous avons achevé la rédaction de cette thèse, nous n'avions pas encore connaissance de la thèse de M. Chevallier sur la *Nature juridique des offres de concours*. Nous sommes à peu près d'accord sur cette nature juridique. M. Chevallier y voit, comme nous, un contrat synallagmatique.

Cependant, nos conceptions diffèrent à un point de vue :

M. Yves Chevallier fait du contrat de concours un contrat commutatif en opposant nettement la notion de contrat gratuit à celle de contrat commutatif. Or, nous croyons qu'il y a là un danger ; dire que, lorsqu'un contrat oblige les deux parties contractantes, ce contrat est nécessairement onéreux, si les obligations des deux parties en présence se servent mutuellement de cause, c'est risquer de porter un coup mortel aux règles édictées par le Code civil contre l'abus des libéralités dans l'intérêt des familles. Que je donne à un hôpital une certaine somme sans affectation spéciale ou que je la donne *pour* la création d'un nouveau service, mon patrimoine est appauvri sans compensation, l'hôpital s'enrichit sans contrepartie : le résultat est le même pour mes héritiers.

Certes, M. Yves Chevallier prévoit l'objection.

Il déclare que, lorsqu'il est prouvé qu'une offre de concours est souscrite en vue de frustrer les héritiers, ce contrat est annulable : *fraus omnia corrumpit*. Mais il peut se faire, tout d'abord, que celui qui consent une offre de concours libérale n'ait pas l'intention de frauder les héritiers, et les dépouille cependant effectivement ; il peut se faire également que l'intention frauduleuse ne puisse être établie avec certitude.

L'offre de concours n'est donc pas à proprement parler un contrat « sui generis », mais c'est un contrat administratif ; c'est même, à un certain point de vue, le contrat administratif par excellence, plus encore que le contrat d'entreprise et de concession, puisque, dans ceux-ci, l'opération administrative qu'il s'agit d'obte-

---

Il est vrai qu'il convient de tenir compte d'un autre point de vue, qui semble avoir guidé M. Yves Chevallier, et déterminé certaines décisions de jurisprudence dont il se prévaut.

Une offre de concours, même libérale, n'est pas un contrat gratuit à l'état pur puisqu'elle impose certaines obligations précises au bénéficiaire.

Il est juste, à notre sens, de faire découler de ce caractère une conséquence importante.

Pierre donne à un hôpital une certaine somme *pour* la création d'un service ; l'administration a accepté ce concours. Si, le service créé, la libéralité est réduite entre les mains de l'administration, celle-ci doit alors faire face, par ses propres moyens, à certains engagements qu'elle n'avait contractés qu'en considération de la libéralité totale. Cette réduction peut donc causer à l'administration gratifiée un préjudice tel qu'il aurait mieux valu pour elle ne pas recevoir de libéralité.

Dans un cas semblable, si l'administration a agi en toute prudence, il nous semble que le juge devrait, en toute justice, décider que l'offrant a commis une faute envers l'administration et que, de ce fait, une indemnité est due à l'administration par les héritiers continuateurs de la personne de l'offrant, et que cette indemnité doit compenser, en tout ou en partie, la somme à rapporter à la succession.

Marquons donc la divergence des opinions soutenues par M. Chevallier et par nous, et l'intérêt de notre attitude.

En présence du cas que nous avons pris comme exemple, M. Chevallier dira que l'offre de concours souscrite par Pierre est un contrat commutatif parce qu'elle fait naître à la charge des deux parties des obligations réciproques, qui se servent mutuellement de cause. Il en conclura que cette libéralité n'est pas réductible.

Notre solution sera différente ; nous dirons : ou l'administration pouvait prévoir la réduction, alors elle n'a rien à dire et la libéralité doit être réduite dans la proportion de l'atteinte à la réserve ; ou l'administration, après enquête, ne pouvait prévoir une telle réduction ; elle n'a pu avoir connaissance de dons manuels faits antérieurement par l'offrant ; alors il y a *faute* du donateur. Si la somme versée est réduite, cette faute peut causer un préjudice sérieux à l'administration qui a pu, pour la réduction de la charge imposée par le contrat de concours, prendre certains engagements. Il est juste de déduire de la somme à reverser par l'administration gratifiée une indemnité représentative du préjudice que lui causerait la réduction.

nir, n'est, pour une des parties, qu'un *moyen,* alors que, dans le contrat de concours, elle est le *but commun* des deux contractants.

CHAPITRE II

De la Pollicitation

Pour plus de clarté, nous appellerons dans cette étude « pollicitation » la promesse de concours, qu'elle intervienne avant ou après la manifestation de volonté de l'administration.

§ 1. — Formes de la pollicitation

Aucune forme n'est prescrite.

Il est bon, cependant, de stipuler d'une façon très précise, le montant de la subvention, les conditions du contrat et les sanctions éventuelles en cas d'inexécution partielle ou totale. Une promesse trop vague serait certainement nulle (v. Cons. d'État 13 mars 1850 Leb. p. 178).

Si une souscription publique est ouverte par l'administration, celle-ci agit bien en faisant connaître l'emploi qu'elle compte faire des sommes qui n'auront pas été employées, dans le cas où le montant de la souscription

serait supérieur à l'importance des frais occasionnés par l'opération accomplie.

De toutes façons, le souscripteur peut exiger un récépissé constatant son versement.

De plus, toujours dans le cas où une souscription publique est ouverte, il convient de connaître et de publier le nom des souscripteurs ainsi que l'importance et la date de leurs versements ; ceci pour prévenir les détournements et pour faciliter éventuellement la restitution des fonds versés, si le contrat ne peut être exécuté.

Il serait à souhaiter qu'une disposition législative rendît cette formalité obligatoire ; elle est, il est vrai, d'usage courant.

§ 2. — Qui peut offrir un concours ?

A) Personnes physiques. Les personnes physiques peuvent souscrire une offre de concours dans la mesure où elles sont aptes à disposer de leurs biens. Il faut donc distinguer entre les offres de concours gratuites et les offres de concours onéreuses.

Nul ne peut proposer à l'administration un concours désintéressé que sur les biens dont il a le droit de disposer à titre gratuit ; un tuteur ne peut évidemment pas souscrire une offre de concours au nom de son pupille, si l'avantage que celui-ci peut retirer de l'opération administrative, en vue de laquelle elle est proposée, ne peut pas normalement compenser le sacrifice consenti.

La violation de ce principe devrait, bien entendu, mettre en jeu la responsabilité du tuteur et même, à

notre sens, entraîner la nullité du contrat de concours, si le caractère purement gratuit de la subvention était suffisamment évident pour que l'autorité administrative eût pu la discerner. Mais il convient d'être assez large quant à l'appréciation du caractère du contrat. Il faut, sans doute, étendre cette solution à tous les cas analogues, c'est-à-dire à toutes les hypothèses où une offre de concours est souscrite, au nom d'une personne incapable, par celle qui la représente.

Il serait, de plus, interdit au mari de disposer des immeubles de la communauté en vue d'une offre de concours purement gratuite (art. 1422 du C. civ.).

Si un tuteur estimait qu'il était de l'intérêt bien compris de son pupille de souscrire une offre de concours, il pourrait le faire en son nom, sans autorisation, pour une somme de peu d'importance (parce que ce ne serait qu'un acte d'administration) ; avec autorisation du conseil de famille, dans le cas contraire, et après homologation du tribunal civil, si les biens engagés étaient des biens immeubles (art. 458 du C. civ.).

Le prodigue, pourvu d'un conseil judiciaire, peut souscrire une offre de concours, mais il doit se faire autoriser par son conseil judiciaire, s'il engage, de ce fait, ses biens immobiliers, si l'importance de la souscription en fait un acte de disposition, et enfin, si l'offre de concours est gratuite. Cependant, l'autorisation du conseil judiciaire nous semblerait inutile si la souscription tendait à l'acquittement d'une obligation naturelle ; par exemple, si elle avait pour but d'acquitter volontairement l'indemnité de plus-value que la loi du 16 septembre 1807 permet de mettre à sa charge.

Il est certain que la seule sanction de cette règle

serait la rescision de l'acte et que l'administration ne pourrait invoquer la nullité de celui-ci ; elle n'y aurait d'ailleurs, en général, aucun intérêt, puisqu'elle peut presque toujours s'affranchir de son engagement en abandonnant la subvention.

Le mari peut souscrire une subvention consistant dans un bien immeuble appartenant en propre à sa femme, si celle-ci donne son consentement, à condition, évidemment, que ce bien ne soit pas dotal et inaliénable. D'ailleurs, il n'y a pas de règle spéciale à appliquer aux offres de concours à ce point de vue. Qu'il nous suffise de renvoyer le lecteur aux principes du Code civil.

B) Personnes morales privées (Associations). Elles ont le droit de souscrire des offres de concours en vue d'opérations administratives, à condition toutefois qu'elles respectent la règle fondamentale de la spécialité ; elles ne peuvent contracter valablement qu'en vue d'un but qui tende à satisfaire les intérêts dont elles se sont constituées les gardiennes. Mais il faut entendre cette règle dans un sens très large.

Une société contre la licence des rues pourrait, sans doute, verser une subvention à l'administration pour le renforcement de la police ; mais elle pourrait également, à notre avis, subventionner une entreprise administrative ayant pour but de procurer un logement sain aux familles d'ouvriers, car cette entreprise, retenant de nombreuses familles au foyer, tend indirectement, en prévenant ainsi beaucoup de débauches, au but que vise la société contre la licence des rues.

D'autre part, le principe de la spécialité n'est pas d'ordre public pour les associations privées. L'autorité

compétente pour modifier les statuts peut également engager l'association au delà des limites de la spécialité.

C) Personnes publiques. Nous étudierons sous ce chef deux questions :

1° En vue de quelles opérations les personnes publiques peuvent-elles souscrire des offres de concours?

2° Par quelles autorités les offres de concours peuvent-elles être consenties ?

1° Les personnes morales publiques, c'est-à-dire l'État, les départements, les communes et les établissements publics, peuvent collaborer par des subventions pécuniaires à des opérations entreprises par d'autres personnes administratives. M. Hauriou (Dr. Adm., p. 253, note 1, 3°) affirme qu'elles le peuvent toujours. Cette formule ne doit pas être entendue dans un sens trop absolu, mais seulement sous réserve des deux observations suivantes :

a) Il est certain que les personnes morales publiques peuvent subventionner les entreprises des autres administrations, mais seulement dans la mesure où elles intéressent les collectivités qu'elles incarnent.

Mais la violation de ce principe ne pourrait, à notre sens, justifier que des sanctions administratives ; le juge ne peut, en effet, entrer dans l'examen de l'opportunité des actes de l'administration.

b) Parfois, la loi limite les subventions que l'État peut accorder ou réserve ce droit à l'autorité législative. De plus, l'article 68 de la loi de 1871 sur les conseils généraux impose une procédure spéciale pour certaines subventions ; nous étudierons ces règles au prochain paragraphe.

Les personnes publiques seraient certainement liées

plus étroitement par la règle de la spécialité, s'il s'agissait pour elles, non plus de fournir une subvention en argent ou en terrain, mais de concourir par des services à une entreprise relevant d'une autre administration (v. Hauriou, Dr. Adm., 9e édit., p. 523 note 1, 3°).

2° Quelles autorités sont compétentes pour consentir une subvention au nom des personnes administratives ?

ÉTAT. — Il faut distinguer suivant que la subvention à consentir par l'État consiste dans une somme d'argent ou dans un bien du domaine.

Offres de concours mobilières. — En principe, les ministres peuvent consentir, dans la limite des crédits qui leur sont alloués, des subventions aux services publics, communaux, départementaux ou aux établissements publics pour des entreprises qui tendent, dans une certaine mesure, à la satisfaction des intérêts dont ils ont la garde. Cependant, il y a certaines restrictions à ce principe.

Tout d'abord, l'article 68 de la loi du 10 août 1871, porte que « les secours pour travaux concernant les églises et les presbytères, les secours généraux à des établissements et institutions de bienfaisance, les subventions aux communes pour acquisitions, constructions, et réparations de maisons et de salles d'asile, les subventions aux comices et associations agricoles, ne pourront être alloués par le ministre compétent que sur la proposition du conseil général du département ».

« A cet effet, ajoute l'article 68, le conseil général dressera un tableau collectif des propositions en les classant par ordre d'urgence ».

En réalité, les secours ci-dessus mentionnés devant

être accordés par quatre ministres différents, il faut dresser quatre tableaux et non pas un seul.

Le ministre ne peut donc pas accorder une subvention pour un des objets visés par l'article 68, si cette subvention n'a pas été mentionnée au tableau dressé par le conseil général. Il est, de plus, tenu d'observer l'ordre du tableau ; mais il n'est pas lié par les chiffres qui y sont indiqués.

La violation de ces principes, par le ministre, constituerait de sa part un excès de pouvoir ouvrant aux intéressés un recours devant le conseil d'État.

Les intéressés, aptes à agir devant la juridiction administrative, seraient, dans ce cas, les communes ou établissements qui pouvaient prétendre à une subvention ou à une faveur plus large que celle qui leur a été accordée (1).

La loi du 31 juillet 1913 sur les chemins de fer d'intérêt local (2), institue un système de subvention à accor-

---

(1) Notons que cette attribution des conseils généraux est de celles qu'ils ne peuvent déléguer en bloc à la commission départementale. Ils peuvent cependant le faire exceptionnellement.

On admet que le ministre pourrait saisir directement, en cas d'urgence, la commission départementale pendant l'intervalle des sessions du Conseil général.

(2) On peut se demander si l'allocation d'une subvention par l'Etat, en vue de l'établissement d'un chemin de fer d'intérêt local, crée entre l'Etat et les administrations subventionnées, une situation contractuelle ; si, donc, il y a, à proprement parler, « offre de concours ».

A notre avis, cela ne fait pas de doute ; l'autorité concédante a traité avec son concessionnaire, en grande partie, en considération des avantages consentis par l'Etat. Si ces avantages étaient précaires, l'incertitude qui en résulterait pour l'avenir des entreprises créées nuirait gravement à leur développement. On nous objectera, peut-être, que la subvention étant accordée par l'autorité législative, celle-ci qui est omnipotente, pourra légalement et à tout moment supprimer la subvention accordée. Elle le pourra peut-être *légalement* mais non pas *légitimement* ; l'autorité législative n'a aucun compte à rendre à personne ; mais elle ne peut pas tout faire ; elle dépend de la loi morale

der par l'Etat aux départements, communes et syndicats de communes, en vue de l'établissement et du prolongement des voies ferrées d'intérêt local destinées au transport des voyageurs et des marchandises. La loi du 13 août 1920 autorise également les subventions pour électrification des chemins de fer existants. Nous n'avons pas l'intention d'étudier en détail le système de subvention établi par la loi : ce sujet est assez vaste pour faire, à lui seul, l'objet d'une thèse importante.

Il nous appartient seulement d'énumérer les principes qui sont posés par cette loi :

1° Les subventions sont accordées par l'autorité législative qui fixe le maximum de la subvention.

Ce principe est capital ; il s'ensuit, tout d'abord, que le gouvernement ni les ministres ne pourraient accorder de subvention. S'ils le faisaient, ils commettraient un excès de pouvoir.

Le principe que nous venons d'énoncer implique également que, la loi n'obligeant pas le législateur, celui-ci pourrait toujours déroger aux règles posées par la loi.

2° Les subventions ne sont accordées qu'aux chemins de fer transportant simultanément des voyageurs et des marchandises. Cette interprétation ressort des travaux préparatoires. De plus, il a été déclaré qu'en pratique, et sauf de rares exceptions, la subvention ne serait accordée qu'aux chemins de fer fonctionnant en tout temps.

3° L'État se refuse à couvrir les déficits d'exploita-

---

qu'elle doit respecter avec d'autant plus de scrupules qu'elle ne peut y être obligée par la force. Le législateur de 1913 a compris les choses ainsi puisqu'il a respecté non seulement les droits acquis (voir art. 15 de la loi) mais les situations (voir art. 14, alin. 3).

tion ; il ne faut pas que les contribuables aient à supporter les frais d'une entreprise justifiée uniquement par l'intérêt électoral des politiciens locaux.

4° La subvention est calculée par rapport aux charges annuelles, réelles, du département, de la commune ou du syndicat de communes qui a concédé l'entreprise.

5° La quote-part de l'État est calculée en raison inverse de la valeur du centime kilométrique. Elle ne peut dépasser 75 pour cent des charges annuelles pour le département (ou les communes pauvres).

6° La quote-part de l'État par rapport aux charges du département, de la commune ou du syndicat de commune, diminue à mesure qu'augmente le chiffre total de la subvention consentie (voir le barème annexé à l'article 14 de la loi, barême provisoirement modifié par la loi du 13 août 1920).

7° L'État se réserve une part des bénéfices, mais il peut y renoncer si sa contribution n'excède pas un quart du capital d'établissement des lignes subventionnées.

8° Les subventions accordées peuvent l'être en capital ou en annuités. Mais, dans ce dernier cas, leur durée ne peut excéder celle de l'amortissement de l'emprunt contracté, et, en aucun cas, cinquante ans.

La loi du 21 août 1923 dispose que le ministre des Travaux publics peut s'engager, au nom de l'État, et dans la limite d'un maximum fixé par un décret en Conseil d'État, à participer aux subventions que les départements, communes et chambres de commerce, allouent aux entreprises de services publics d'automobiles. Ces subventions sont de véritables « offres de concours ». Elles sont versées en vue *d'opérations déter-*

minées ; c'est ce qu'implique l'article 5 de la loi qui dispose que « le maximum fixé pour la subvention annuelle de l'État ne sera acquis, pour chaque exercice, que si le service prévu a été complètement fait ; que, pour le cas contraire, la subvention sera réduite dans la proportion des services non faits au service total prévu ».

Le caractère d'offre de concours résulte également de l'article 7 de la loi qui permet de subordonner l'allocation de la subvention à l'insertion dans le cahier des charges d'une clause astreignant l'entrepreneur à effectuer régulièrement le service du transport des dépêches postales et des colis postaux.

La loi limite très strictement, par avance, le taux et les conditions des subventions.

Celles-ci ne peuvent être accordées qu'à des services réguliers, c'est-à-dire à des services fonctionnant l'année entière, sur des parcours déterminés, le tout suivant des règles nettement précisées par le contrat (art. 1 et 2). La loi ne fait exception que pour les services de montagne.

D'autre part, l'État ne peut subventionner *que les services transportant des marchandises ou, à la fois, voyageurs, messageries et bagages* (art. 2) et justifiant de moyens d'action suffisants pour transporter journellement, soit 18 voyageurs et 300 kilos de bagages et messageries, à quinze kilomètres à l'heure, soit trois tonnes de marchandises à six kilomètres à l'heure, soit quinze voyageurs et 300 kilos de bagages et messageries à quinze kilomètres à l'heure et deux tonnes de marchandises à six kilomètres à l'heure (art. 2).

Le rapport de la subvention de l'État à la subvention totale est fixé par un barême arrêté par décret. L'im-

portance de la subvention de l'État est en raison inverse de la valeur du centime kilométrique départemental et de la longueur, par kilomètre carré, des voies ferrées de toute nature en exploitation sur le territoire du département, non compris les tramways urbains. Elle peut varier entre 30 et 70 pour cent de la subvention totale accordée par les personnes publiques concédantes et souscrivantes. Cette subvention totale est d'ailleurs limitée par la loi. Elle doit être déterminée par comparaison des dépenses et des recettes probables de l'entreprise, après consultation d'un comité permanent, suivant les principes posés par l'article 4.

La loi dispose, dans son article 2, que les entreprises de transport en commun, sur des lignes entièrement comprises dans les limites d'une agglomération urbaine, ne sont pas admises à bénéficier des subventions de l'État ; et, dans son article 6, que la subvention de l'État ne peut se cumuler avec aucun autre subside imputé sur les fonds inscrits au budget, en dehors des allocations qui sont accordées pour le service postal.

Offres de concours en immeubles. — Il faut distinguer entre le domaine public et le domaine privé.

A) Domaine privé. En principe, aucune partie du domaine privé, fut-ce même en vue d'un intérêt public, ne peut être aliénée sans une compensation pécuniaire.

Mais rien n'empêche les autorités administratives, dans tous les cas où la loi les autorise à céder les biens domaniaux autrement que par vente aux enchères, d'abandonner à un département, à une commune ou à toute autre personne publique, un terrain moyennant un prix donné, et de leur allouer d'autre part une subvention

équivalente, en spécifiant que ces deux opérations sont solidaires et qu'elles seraient résolues si l'opération, en vue de laquelle la subvention a été promise, n'était pas exécutée. L'autorité administrative pourrait encore stipuler, eu égard à la nature et au but des travaux à exécuter, des conditions particulièrement avantageuses pour la personne publique à laquelle ce terrain a été cédé.

De plus, il ne faut pas perdre de vue que le législateur peut toujours céder un bien domanial quelconque, aux conditions qu'il lui plaît d'imposer, et même gratuitement.

En vertu de l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, le ministre des Finances peut consentir à l'aliénation des biens de l'État lorsqu'elle est nécessitée par un travail d'intérêt départemental ou communal. Il ne peut le faire qu'après la loi ou le décret déclarant l'utilité publique. Les Préfets possèdent les mêmes droits : 1° quand les terrains à céder sont compris dans le tracé des routes départementales et des chemins vicinaux ; 2° lorsque l'indemnité due à l'État, en raison de cette aliénation, ne doit pas dépasser 500 francs ; 3° quand il s'agit de dépendances de la voirie urbaine (Déc. du 25 mars 1852, Loi du 6 déc. 1897).

Dans tous ces cas, l'autorité concédante peut, en vertu de l'article 51 de la loi du 3 mai 1841, consentir à la réduction de l'indemnité, dans la mesure où les travaux à accomplir confèrent à un immeuble domanial une plus-value spéciale et immédiate. (Mais la jurisprudence a décidé que la compensation ainsi réalisée ne pourrait aller jusqu'à la suppression de toute indemnité).

En aucun cas, une forêt domaniale ne pourrait être aliénée, gratuitement ou non, qu'en vertu d'une loi.

L'administration est libre d'affecter des immeubles lui appartenant à des services municipaux ou départementaux, mais ces immeubles restent propriété domaniale; cet acte n'implique aucun engagement de la part de l'État ; nous n'avons donc pas à en parler ici.

B) Domaine public. Le domaine public est inaliénable ; l'État ne peut donc en transmettre la propriété qu'après déclassement régulièrement prononcé.

L'administration pourrait céder les meubles du domaine national, mais toujours en observant les règles de comptabilité établies par les lois et règlements.

Départements. Le conseil général peut engager une subvention en argent, en vue d'opérations entreprises par les communes, par l'État, ou par tout autre personne administrative, à condition que ces opérations intéressent le département. Il n'a besoin d'aucune autorisation de l'autorité supérieure si les travaux subventionnés sont entrepris par les communes (loi du 10 août 1871, art. 46, 22°).

La délibération accordant une subvention à des travaux entrepris par l'État est de celles qui peuvent être, dans le délai de trois mois, annulées par un décret motivé (art. 48, 3° de la loi du 10 août 1871). L'autorisation tacite donnée par le gouvernement constituerait, nous semble-t-il, en même temps, une acceptation de la subvention.

Le conseil général peut, sans autorisation, souscrire une offre de concours en immeuble, à condition que la subvention promise ne soit ni une forêt ou portion de forêt départementale soumise au régime forestier (les forêts départementales soumises au régime forestier ne deuvent être aliénées qu'après autorisation législative),

ni un bâtiment affecté à un service public de l'État (art. 48.1° de la loi du 10 août 1871). Dans ce dernier cas, l'aliénation n'est définitive qu'après approbation tacite dans les trois mois, résultant de l'absence d'un décret rendu pour en suspendre l'exécution.

La commission départementale, après avoir entendu l'avis ou les propositions du préfet, répartit les subventions diverses portées au budget départemental et dont le Conseil général ne s'est pas réservé la distribution (v. loi du 10 août 1871, art. 81).

Communes. Le conseil municipal est seul qualifié pour consentir une subvention au nom de la commune, en vue d'une opération administrative entreprise par l'État, un département, un établissement public ou une autre commune.

La décision accordant une subvention n'a pas besoin d'être approuvée si le fonds de concours consiste dans une somme d'argent, à moins que l'exécution du contrat ne nécessite une opération financière qui ne peut être entreprise qu'avec l'approbation de l'autorité supérieure (un emprunt ou une contribution extraordinaire, etc..,).

L'autorisation législative serait nécessaire si le fonds promis consistait dans une forêt ou portion de forêt communale soumise au régime forestier. Quant au domaine public municipal, il ne peut faire l'objet d'une offre de concours qu'aux conditions énoncées plus haut au sujet du domaine public national.

Établissements publics. L'autorité compétente pour souscrire une offre de concours au nom d'un établissement public est déterminée par la constitution de cet établissement.

Difficultés résultant du contrôle de tutelle. Dans le cas

où une décision d'acceptation d'offre de concours doit être approuvée par l'autorité supérieure et où celle-ci refuse de donner son approbation, il faut envisager trois hypothèses :

Première hypothèse : il a été convenu que l'existence du contrat de concours dépendait de la réalisation de cette opération pour laquelle l'approbation de l'autorité supérieure est nécessaire ; dans ce cas, l'administration souscrivante n'est liée qu'à partir de cette approbation.

Deuxième hypothèse : il a été convenu que le contrat de concours devait être résilié de plein droit si l'opération financière, dont dépend son exécution, n'était pas approuvée ; dans ce cas, le contrat existe à partir du moment où le consentement de l'administration en tutelle et celui de l'administration subventionnée sont régulièrement exprimés. Mais ce contrat peut être résilié si l'autorité supérieure refuse d'approuver les mesures d'exécution.

Troisième hypothèse : rien n'a été convenu quant aux moyens d'exécution du contrat. Il convient d'admettre, à notre avis, que le contrat doit être résilié pour force majeure, mais seulement s'il ne peut être exécuté par un autre moyen. Cependant, nous pensons qu'il serait équitable d'admettre la résiliation du contrat si, le concours étant promis à l'État, il y avait un inconvénient, tant soit peu grave pour l'administration en tutelle, à adopter un autre moyen de réalisation que celui auquel s'oppose l'autorité supérieure ; dans ce cas, l'État, se refusant par l'organe de son agent, à approuver les moyens d'exécution du contrat, dégage son co-contractant.

La solution que nous donnons diffère de celle qui est couramment adoptée dans une hypothèse analogue :

lorsqu'un ministre engage par contrat une somme en dépassement des crédits qui lui sont accordés, on sait que le contrat engage valablement et sans restriction l'État, mais constitue pour le ministre une faute qui met en jeu sa responsabilité civile et politique.

Dans l'hypothèse qui nous occupe, nous disons que la solution ne peut être tout à fait la même ; le conseil municipal et le conseil général sont des collectivités ; ils sont donc pratiquement irresponsables ; admettre qu'ils pourraient engager la commune ou le département, même au delà des pouvoirs dont ils disposent en matière financière, ce serait annuler en partie l'effet des dispositions qui soumettent certaines décisions à autorisation (notamment art. 141 et suiv. de la loi municipale).

Dans certains cas, ce ne sont plus les moyens d'exécution mais l'opération elle-même, objet du contrat, qui nécessite une approbation administrative ; par exemple, si le concours consistait dans un bail de plus de 18 ans ou en tout autre objet mentionné à l'article 68 de la loi du 5 avril 1884.

Si l'administration, à qui le concours a été promis, a accepté l'offre avant que l'autorité supérieure ait approuvé l'acceptation, l'autorité qui a fait l'offre peut-elle la retirer ? Non, semble-t-il ; si le contrat de concours n'est pas encore parfait, il y a pour le moins un avant-contrat qui lie l'administration souscrivante (en ce sens : v. Cons. d'État, 18 mars 1887, Leb. p. 250 et note).

Notons que, tant en ce qui concerne cette dernière hypothèse que dans le cas où l'approbation de l'autorité supérieure est nécessaire à la régularité des moyens d'exécution, cette autorisation peut être implicite ; mais il faut qu'elle soit non équivoque.

L'approbation de l'offre de concours peut résulter de l'acceptation de l'offre, si la même autorité est compétente pour accepter et approuver la décision. L'approbation de la convention peut résulter soit de l'approbation d'un traité de concession visant expressément l'offre d'une commune (Cons. d'État, 22 novembre 1878, Leb. p. 933, 9 août 1889, Leb. p. 983), soit de l'approbation par le Préfet d'un engagement pris par un département, de payer pour l'entreprise en cause une garantie d'intérêt à prélever précisément sur les fonds souscrits par la commune (cons. d'État 24 mai 1895, Leb. p. 459), soit enfin de la promulgation d'une loi déclarant l'utilité publique des travaux et prenant acte de l'offre de concours (cons. d'État, 5 août 1901, Leb. p. 767, 5 juillet 1890, Leb. p. 727).

La pollicitation doit être réputée faite du jour de la décision de pollicitation de l'autorité en tutelle et non du jour de l'approbation (v. par anal. Cons. d'État 4 mai 1888, Leb. p. 413).

Les articles 64 et 66 de la loi municipale déclarent annulables par le Préfet statuant en conseil de préfecture (d'office ou sur la demande de toute personne intéressée et de tout contribuable), les délibérations du Conseil municipal auxquelles auraient pris part des membres du conseil intéressés, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires de l'affaire qui en a fait l'objet.

Il est évident que ces dispositions sont applicables aux décisions accordant un concours. Mais que faut-il entendre exactement par « intéressés » ? Quels effets doit avoir pour le contrat la décision d'annulation prononcée par l'autorité supérieure ? La jurisprudence administrative exige, pour que l'annulation puisse être prononcée

en vertu de l'article 64, non pas seulement que l'un ou plusieurs des conseillers municipaux aient un intérêt quelconque dans l'affaire qu'il s'agit de régler, mais que cet intérêt soit d'une certaine importance. C'est ainsi qu'une délibération accordant une subvention en vue d'un travail public est annulable, si un des conseillers municipaux, ayant pris part à la délibération qui accorde la subvention, est concessionnaire ou soumissionnaire actuel ou futur de l'entreprise subventionnée (cons. d'État, 11 novembre 1892, D. P. 94.3.12, cons. d'État, 21 mars 1899 D. P. 1900.3.99).

Mais le conseil d'État ne considère pas comme intéressés les salariés de l'entreprise ou de l'administration à qui incombe l'exécution des travaux (conseil d'État 18 mai 1888, Leb. p. 453, 29 décembre 1893 D. P. 94.3.90, 24 janvier 1896, Leb. p. 63) ni ceux qui ont, individuellement, souscrit une offre de concours (Cons. d'Ét. 6 juillet 1888, Leb. p. 607, 15 février 1901, Leb. p. 178).

Il nous semble légitime d'admettre qu'un conseiller municipal, simplement obligataire de l'entreprise subventionnée, ne serait pas intéressé au sens de l'art. 64. Par contre, un conseiller municipal actionnaire devrait être considéré comme intéressé (Cons. d'Ét. 21 mars 1899 préc.).

La deuxième question que nous nous sommes posée est beaucoup plus délicate ; l'annulation de la décision accordant une subvention entraîne la nullité du contrat de concours. Mais de quelle nature est cette nullité ?

Si le Préfet refusait d'annuler la décision du Conseil municipal accordant la subvention, les intéressés pourraient se pourvoir en conseil d'État contre son abstention

par la voie du recours pour excès de pouvoir ; il n'y aurait pas lieu de déclarer leur pourvoi irrecevable à raison de l'existence d'un recours parallèle (cf. cons. d'État 4 août 1905, Leb. p. 749 concl. Romieu, S. 1906 3. 49 n. Hauriou D. P. 1907 3.49, S. 1901, 3.43, n. Hauriou col. 1).

Toutefois, l'annulation de l'approbation implicite n'entraînerait pas *ipso facto* l'anéantissement de l'acte, mais seulement sa nullité absolue qu'il y aurait lieu de demander, par voie de recours de pleine juridiction, au juge du contrat ou par voie d'exception.

Si l'annulation n'a pas été demandée et prononcée dans le délai prescrit, la délibération d'approbation continue cependant à être entachée de nullité, mais cette nullité ne peut plus être qu'opposée par voie d'exception (cons. d'État 8 décembre 1899 S. 1902 3.25 Martinier).

§ 3. — Effets de la pollicitation (1)

Deux cas sont à considérer :

1° l'Administration ayant été autorisée par l'autorité compétente, a pris l'initiative du contrat de concours et sollicité le souscripteur ; le souscripteur a purement et simplement adhéré à la proposition de l'administration, sans mettre à sa souscription aucune autre condition que celles acceptées d'avance par l'administration. Dans ce cas, le concours des volontés se produit au moment de la pollicitation. Le contrat est définitif et parfait à partir de ce moment.

---

(1) Nous rappelons le sens spécial que nous donnons ici au mot pollicitation : c'est la manifestation de volonté du souscripteur à quelque moment qu'elle se produise.

2° Si la pollicitation ne réalise pas immédiatement le concours des volontés, quel est son effet ?

Il est d'autant plus intéressant d'étudier cette question ici que la jurisprudence, sur les effets de la promesse unilatérale, s'est formée à propos des contrats de concours et que le Conseil d'État l'a léguée aux juridictions civiles (v. Colin et Capitant t. 2 p. 272).

L'offre de concours peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée ; mais il faut, en principe, qu'elle soit retirée expressément... Cependant, il semble équitable d'admettre qu'un très long silence de l'administration devrait dégager le souscripteur, même en l'absence d'un terme stipulé à l'avance (Cons. d'État, 21 février 1867, Leb. p. 187).

De même, la jurisprudence admet que l'offre de concours, non encore acceptée, doit être considérée comme retirée si, par suite d'un événement quelconque, il est évident que le souscripteur ne peut plus obtenir de l'opération qu'il a subventionnée, l'avantage qu'il en attendait au moment de sa promesse, spécialement, s'il a vendu le terrain qui devait profiter des travaux à exécuter (Cons. d'État, 21 février 1867, Laureau, 21 juillet 1870, Leb. p. 919).

Que faut-il décider si le souscripteur meurt avant que son offre ait été acceptée ? Il faut distinguer entre les offres intéressées et les offres désintéressées.

Les offres désintéressées, c'est-à-dire celles qui constituent de véritables libéralités de la part du souscripteur, deviennent caduques par la mort de celui-ci (arg. de l'art. 932 al. 2 du Code civil v. rep. Cons. État 3 août 1900).

Quant aux offres intéressées, il faut distinguer :

Si la souscription a été consentie en vue d'un avantage patrimonial, l'offre subsiste tant qu'elle n'a pas été expressément retirée par les héritiers (Cons. d'État 3 août 1900 D. P. 1901, 5, 643, S. 1903. 3.13).

Si la souscription a été consentie en vue d'un avantage purement personnel au souscripteur, il semble juste de décider que sa mort fait tomber l'offre de concours non acceptée ; si, par exemple, un instituteur avait promis une somme pour la réparation de la maison d'école qu'il habite (arg. à fort. de l'af. Laureau cons. d'État 21 février 1867).

CHAPITRE III

De l'acceptation

§ 1. — Qui peut accepter l'offre de concours ?

En principe, c'est l'autorité qui est apte à contracter au nom de l'administration à laquelle la subvention est promise, c'est-à-dire pour l'État, le Ministre ; pour les départements, le conseil général (art. 46 10° de la loi départ.) ; pour les communes, le conseil municipal.

Cependant ce principe comporte de nombreuses restrictions.

I. — L'exécution du contrat de concours nécessite une décision qui n'est valable qu'après approbation par l'autorité supérieure ; par exemple, un contrat de concours est conclu en vue de travaux qui ne peuvent être entrepris qu'après une loi déclarant l'utilité publique, (un tramway ou un chemin de fer d'intérêt local) ou le contrat lui-même doit, à cause de sa nature, être approuvé par l'autorité supérieure (offre de concours promise à une commune sous la forme d'un emprunt ; cet emprunt

est un de ceux qui, aux termes des articles 142 et 143 de la loi municipale doit être approuvé).

Dans tous ces cas, le contrat n'est définitif qu'au moment même de l'approbation.

Cela est certain, mais quel est l'effet de la décision d'acceptation encore dépourvue d'approbation ?

Lorsqu'une offre de concours a été acceptée par l'autorité représentant l'administration à laquelle elle est faite, et que la décision d'acceptation n'a pas encore été approuvée (implicitement ou explicitement) par l'autorité supérieure, le souscripteur est-il encore libre de retirer son offre ?

La jurisprudence ne semble pas très ferme ; on peut donner des arguments dans les deux sens. Tout d'abord, on peut dire que l'administration est dans une situation analogue à celle du mineur émancipé ; que, par conséquent, le contrat non approuvé existe, mais qu'il ne peut être annulé qu'à la demande du seul incapable, en l'espèce l'administration. On peut répondre aussi que, dans le cas du mineur, celui qui a contracté avec lui pouvait exiger le consentement préalable du curateur, ce que ne peut faire celui qui contracte avec l'administration en tutelle. Malgré tout, nous considérons que le souscripteur est lié par l'acceptation de l'autorité en tutelle, comme par un véritable avant-contrat, parce que la solution contraire présente des inconvénients pratiques très graves. Supposons, par exemple, un chemin de fer d'intérêt local à construire ; des offres de concours fort importantes en argent et en terrains ont été consenties par des particuliers et acceptées par le département. Il est bien évident que les commissions parlementaires chargées d'instruire ce pro-

jet, tiendront le plus grand compte de ces subventions pour le tracé à établir ; il y aurait le plus grand inconvénient à ce que les souscripteurs, en retirant leurs subventions, pussent retarder indéfiniment l'exécution d'un projet aussi important. (En ce sens : Cons. d'Ét. 23 nov. 1883. D. P. 85. 3. 53. 54). Certes, entre le moment où l'avant-contrat aura été conclu et celui où il aura été approuvé, il y aura inégalité entre les parties, l'administration pouvant alors se dégager sans indemnité, sans que le souscripteur le puisse, et celui-ci est ainsi placé dans une situation incertaine qui peut nuire à ses intérêts. Mais, il est certain également que le souscripteur peut, au moment où il fait son offre, se réserver le droit de la retirer jusqu'à l'approbation définitive des projets par l'autorité supérieure.

Il n'est pas douteux non plus, que, tant que le contrat n'est pas définitif, à moins de conventions contraires, le souscripteur ne peut être tenu de verser la somme promise.

Il demeure entendu que cette solution procède d'une interprétation de la volonté probable des parties (art. 1156 du Code civil). Dans une affaire donnée, les circonstances pourront commander une autre solution.

La forme de l'approbation varie suivant la nature des décisions. Elle doit être, selon les cas, explicite ou implicite.

Si l'autorité supérieure doit approuver seulement les moyens d'exécution, doit-elle faire mention de l'offre de concours dans sa décision d'approbation ? Par exemple, dans le cas de travaux à exécuter, l'autorité législative doit-elle prendre explicitement acte des offres de concours par le texte de la loi déclarant l'utilité publique ? Il ne semble pas, théoriquement,

que cela soit nécessaire à la validité du contrat, puisque l'autorité subalterne a pleine capacité pour contracter ; cependant, on peut dire que l'autorité supérieure est qualifiée pour approuver l'opération dans son ensemble, y compris les conventions qui en font partie, et c'est en somme la solution qui prévaut.

Une difficulté théorique existe relativement aux offres de concours faites aux communes ; il faut considérer les fonds de concours comme ressources extraordinaires, puisqu'ils ne rentrent pas dans l'énumération limitative de l'article 133 de la loi municipale. Ce sont des ressources accidentelles (art. 144-8°). Or, en vertu des articles 145 et 146, l'autorité supérieure peut rejeter ou réduire les dépenses portées au budget, lorsque des ressources exceptionnelles y sont appliquées. Faut-il considérer que l'emploi d'une offre de concours confère un tel droit à l'autorité supérieure ? Evidemment non ; car ce que veut la loi, c'est empêcher la dilapidation des ressources extraordinaires, en évitant que celles-ci ne soient appliquées à des objets de peu d'utilité. Or le fonds de concours ne peut, de par sa destination, être affecté qu'à un seul usage ; réduire ou supprimer une dépense à laquelle est affectée une offre de concours, ce serait faire tomber la ressource. L'autorité supérieure n'a donc pas, à notre avis, le droit de porter atteinte au projet de budget établi par la commune pour l'unique raison que l'emploi d'un fonds de concours y est prévu.

II. — Le concours est offert en vue d'une opération dont l'exécution appartient à une autorité tutrice ; dans ce dernier cas, c'est à celle-ci qu'il appartient exclusivement d'accepter.

Le Conseil général représente les communes intéressées, pour tout ce qui concerne les chemins vicinaux de grande communication ou d'intérêt commun ; c'est donc à lui qu'il appartient d'accepter les subventions promises en vue de la construction ou de l'entretien de ces chemins. Néanmoins, si une souscription est ouverte en vue de diminuer la part contributive d'une commune dans les dépenses d'un chemin vicinal d'intérêt commun ou de grande communication, c'est au conseil municipal de la commune intéressée qu'il appartient d'accepter (Cons. d'Ét. 21 mars 1890 D.P. 91.3.93).

III. — L'offre de concours est gratuite ; elle constitue dans ce cas une véritable libéralité. C'est l'autorité compétente pour accepter les dons et legs qui pourra accepter, sous réserve de l'approbation par l'autorité supérieure, dans les cas prévus par la loi du 4 février 1901 (1) ; c'est-à-dire que si l'offre est faite à l'État, elle doit être acceptée par décret, si l'offre est faite au département, le conseil général statue définitivement (sauf réclamation des familles, auquel cas l'autorisation d'accepter est donnée par décret en Conseil d'État). Le préfet peut toujours accepter à titre provisoire et conservatoire. Si l'offre de concours est faite à une commune, c'est au conseil municipal qu'il appartient d'accepter définitivement, à condition que la libéralité ne donne pas lieu à réclamation des familles (réclamation qui nécessite, comme pour le département, un décret en conseil d'État).

---

(1) Cette règle n'a d'ailleurs son application que dans le cas où l'offre de concours gratuite consiste dans une libéralité en argent, en meubles ou en immeubles. Si l'offre de concours consistait en prestations, les règles ordinaires s'appliqueraient.

Le maire peut, au nom de la commune, accepter à titre provisoire et conservatoire.

Si l'offre de concours est promise en vue de la construction ou de l'entretien d'un ouvrage devant appartenir à un hameau ou quartier d'une commune qui n'est pas encore à l'état de section ayant la personnalité civile, les habitants du hameau ou quartier doivent élire une commission syndicale et l'autorisation d'accepter ne peut émaner que d'un décret rendu en conseil d'État.

En vertu de l'article 4 al. 2 de la loi du 4 février 1901 (1), les établissements publics ne peuvent accepter des offres de concours gratuites que sur une autorisation du préfet pour les établissements communaux ou départementaux, et du Président de la République, statuant en conseil d'État, pour les établissements nationaux.

Pour les hospices et bureaux de bienfaisance, le simple avis conforme du conseil municipal est nécessaire et, en cas de désaccord entre celui-ci et l'administration de l'établissement, le préfet statue par arrêté motivé. Un décret en conseil d'État est nécessaire pour autoriser les libéralités faites aux établissements publics lorsqu'elles provoquent des réclamations des familles, et l'autorité représentant lesdits établissements peut toujours accepter à titre provisoire et conservatoire.

Il va de soi que toutes ces autorisations nécessaires à la régularité de l'acceptation des offres de concours gratuites, ne sont pas exclusives des approbations nécessitées par la forme du contrat et les moyens d'exécution.

(1) Les offres de concours gratuites sont toujours, par définition, des libéralités avec charges, conditions ou affectations immobilières.

§ 2. — Formes de l'acceptation et de l'acte constatant le contrat

I. — Si le contrat de concours est onéreux, l'acceptation de l'offre peut ne revêtir aucune forme sacramentelle. Il suffit d'une décision valable de l'autorité compétente impliquant d'une façon certaine la volonté d'accepter l'offre.

Cette acceptation peut être explicite ou implicite.

Elle peut résulter de l'approbation de la décision de pollicitation, lorsque l'offre est faite par une administration ou un établissement public, si cette approbation est donnée par l'autorité compétente pour accepter (cons. d'État, 14 mai 1895, Leb. p. 459), de l'exécution ou de l'adjudication des travaux (cons. d'État, 7 mars 1890, Leb. p. 263).

Aucun acte écrit n'est nécessaire ; bien plus, les formalités prescrites par le Code civil pour conférer à un acte force probante et date certaine, ne sont pas nécessaires ; spécialement, l'article 1326 du Code civil ne s'applique pas (Cons. d'État 8 août 1910, Leb. 1910, p. 743 Bourguet et autres).

Il est facile de justifier cette jurisprudence ; ces formalités constituent des précautions contre la mauvaise foi des parties. Or, lorsqu'une des parties est une administration publique, elle doit être présumée de bonne foi.

II. — Si l'offre est gratuite, le contrat doit-il être rédigé en la forme authentique ? Logiquement, il semble que oui ; d'une part, aucun texte de loi ne permet de déroger à cette exigence d'ordre public ; d'autre part, la raison qui a déterminé le législateur à édicter ces règles, a été de protéger le bienfaiteur contre ses propres

entraînements, en l'obligeant à avoir recours aux conseils éclairés d'un notaire. Or, si les entraînements sont moins à craindre de la part de celui qui dispose de ses biens en faveur de l'administration que de la part de celui qui contracte avec un particulier, il n'en n'est pas moins vrai que cet entraînement peut exister ; l'amour-propre ou la charité mal comprise, peuvent conduire certaines personnes à dépouiller leur famille au profit d'établissements charitables ou d'utilité publique. Ce qu'on peut dire, c'est que les contrats conclus en la forme administrative sont authentiques, même sans l'intervention d'un notaire. Encore semble-t-il à première vue, que cette forme administrative, quoiqu'elle n'offre pas pour les particuliers la même garantie que le ministère du notaire, soit au moins nécessaire à la validité d'une libéralité faite à l'administration. De même, il semble à priori que l'acceptation de l'administration doive être notifiée par acte authentique (art. 932 2e al. du Code civil).

Mais la jurisprudence a adopté une solution diamétralement opposée.

C'est que la jurisprudence ne paraît pas toujours avoir fait la différence entre les offres de concours gratuites et les offres onéreuses ; de plus, elle est en principe défavorable à ces règles et elle en restreint la portée autant qu'elle peut. Les tribunaux civils ont reconnu la validité des donations déguisées, des dons manuels etc... les jurisprudences civiles et administratives sont d'accord pour écarter également l'application de ces règles en matière d'offre de concours (v. Cour de Nancy, 17 mars 1920, D. P. 1920, 2. 65 n. Appleton, Cons. d'État, 22 juin 1877, D. P. 77.3.86).

§ 3. — Effets de l'acceptation

L'acceptation rend le contrat de concours définitif, sous réserve de ce qui a été dit au sujet de l'approbation des décisions d'acceptation par l'autorité supérieure.

CHAPITRE IV

Refus de l'administration

§ 1. — Qui peut refuser l'offre de concours ?

Les autorités qui peuvent accepter l'offre de concours sont qualifiées également pour la refuser. En règle générale, elles peuvent le faire sans autorisation.

Il y a cependant quelques restrictions à apporter à ce dernier principe ; si l'offre de concours est désintéressée, il y a lieu, nous semble-t-il, d'appliquer les règles des donations.

En vertu de l'article 112 de la loi municipale, le préfet peut inviter le conseil municipal à revenir sur son refus d'accepter une libéralité ; le refus ne devient définitif qu'après la seconde délibération.

Une offre est faite à une section de commune et le conseil municipal est d'avis de refuser ; les habitants doivent élire une commission syndicale qui délibérera sur la question de savoir s'il convient d'accepter ou de refuser ; l'autorisation est donnée par décret rendu en conseil

d'État ; il s'ensuit que le conseil municipal peut être contraint d'exécuter les charges que comportent de telles offres. Les établissements publics ne pourraient refuser une offre de concours désintéressée qu'avec l'autorisation du préfet si l'établissement est communal ou départemental, avec l'autorisation du Président de la République, statuant en conseil d'État, si l'établissement est national ; ces autorités peuvent accepter d'office.

Les hospices ou bureaux de bienfaisance ne peuvent refuser qu'avec l'assentiment du conseil municipal ou, en cas de désaccord avec lui, avec l'autorisation du Préfet statuant par arrêté motivé.

§ 2. — L'administration est-elle parfois juridiquement tenue d'accepter une offre de concours ?

L'offre de concours étant un contrat, c'est-à-dire un acte volontaire des deux parties qu'elle met en rapport, il semble, à première vue, que la réponse négative ne puisse pas faire de doute. Et nous pouvons poser, comme principe général, que l'administration est souverainement libre de refuser les concours qui lui sont offerts.

Cependant, il convient d'examiner si cette règle ne comporte pas certaines restrictions.

I. — Il est certain, tout d'abord, que l'administration peut s'être engagée par contrat et vis-à-vis d'un tiers à accepter des concours offerts en vue du travail à exécuter par celui-ci. Une telle clause pourrait fort bien trouver sa place dans un contrat de concession ; dans un cas semblable, il est évident que la liberté de

l'administration se trouverait restreinte. En refusant les concours proposés, elle engagerait sa responsabilité.

II. — Il nous appartient de traiter ici une question fort délicate ; les communes peuvent-elles refuser d'entreprendre les réparations nécessaires à la célébration normale et continue du culte dans les églises dont elles ont la propriété, lorsque le prêtre ou les fidèles ont pris l'engagement d'en supporter la dépense ?

La situation juridique du prêtre et des fidèles dans les églises est très mal définie. Si, en vertu de la loi du 21 février 1907, les édifices du culte avaient été concédés à des associations cultuelles ou à des ministres du culte, la solution eut été claire ; des contrats de jouissance auraient été passés, définissant les charges respectives de l'administration et des affectataires ; mais les associations cultuelles n'existent pas ; la loi du 2 janvier 1907 (art. 5, al. 1) a cependant, en prévision de cette situation, laissé aux fidèles la libre disposition des églises. Quelle est la nature et l'étendue des prérogatives qui en résultent pour eux ? On a dit, tout d'abord, que les fidèles ne puisaient dans cette loi aucun droit. Mais cette formule n'est exacte que si on donne au mot « droit » un sens très étroit. En réalité, les fidèles, et principalement le curé, possèdent une prérogative juridique sanctionnée par une action et qui leur confère l'usage exclusif de l'église jusqu'à désaffectation (voir abbé Crouzil, Rev. de dr. pub. juillet-septembre 1923. Cass. 5 février 1912, Colonna S. 12.1.853 n. Mestre). Or, cette prérogative, nous croyons qu'il n'y a pas de meilleur terme que le mot « droit » pour la caractériser. Mais ce droit, encore une fois, est très mal défini ; con-

fère-t-il aux affectataires un titre suffisant pour qu'ils puissent exiger des réparations, lorsqu'ils s'engagent, d'autre part, à en supporter les frais ? M. Barrès ayant posé la question par écrit au ministre de l'Intérieur, celui-ci répondit négativement en s'appuyant sur ce fait qu'aucun texte ne mettait cette obligation à la charge des communes. Cependant, de nombreuses communes ayant commis le scandale de laisser tomber en ruines des églises, plutôt que d'accepter des fidèles les sommes nécessaires à leur réparation, une partie de l'opinion parlementaire s'émut et M. Maurice Barrès déposa une proposition de loi ayant pour but d'obliger l'administration à réparer les édifices cultuels, lorsque les fidèles s'engageraient à couvrir la moitié des frais de l'opération. Ce projet, vu avec faveur par une grande partie de l'assemblée, discuté avec sympathie, finit par être renvoyé à la commission... et il n'en fut plus question (v. ch. des dép. 25 novembre 1912). En l'absence de texte, faut-il donc, purement et simplement se rallier à la doctrine du ministre de l'Intérieur de 1912 et admettre qu'il n'y a aucune possibilité d'action contre la « niche » (c'est l'expression même du ministre) dont l'Administration municipale se rend coupable à l'égard des fidèles, lorsqu'elle refuse de réparer les édifices cultuels, si les intéressés ont promis de supporter la dépense ? Nous ne le croyons pas.

Le conseil d'État a, d'ailleurs, depuis plusieurs années, avant cette célèbre séance du 25 novembre 1912, imaginé une sanction habituellement efficace ; il refuse systématiquement de donner un avis favorable aux demandes de désaffectation des églises, pour cause du mauvais état de celles-ci, lorsque les communes ont

refusé d'employer les offres de concours des fidèles, si ces offres sont suffisantes pour payer les travaux à exécuter (v. *Rev. d'Org. et de Déf. rel.* 17 mars 1912. Avis du Cons. d'Ét. 12 juillet 1910) (1).

Nous avons dit que le refus par le Conseil d'État de désaffecter une église, lorsque le conseil municipal a refusé les offres de concours des fidèles, a généralement vaincu la résistance des communes. Cependant, pour qu'une telle sanction soit efficace, il faut que le but du conseil municipal soit d'obtenir la pleine jouissance de l'église. Or, il faut tout prévoir ; une municipalité peut être mue par la passion sectaire et, même après refus de

---

(1) Cette solution semble dictée par l'interprétation des lois de 1905 et de 1907 sur les cultes. La loi du 2 janvier 1907 (art. 5 al. 1) pose en principe que les églises continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi de 1905, à être laissées à la disposition des ministres du culte et des fidèles.

Malgré le renvoi formel à l'article 13 de la loi de séparation, il semble que le texte nouveau implique abrogation de la disposition permettant au gouvernement de désaffecter par décret simple les églises qui n'ont pas été réclamées par des associations cultuelles (comp. D. répert. pr. 1912 Culte n° 177) ; cette interprétation, que légitime l'ensemble des circonstances dans lesquelles a été votée la loi, est de plus confirmée par le fait que le législateur s'est exprimé ainsi : « sauf désaffectation dans *les* cas prévus » ; s'il avait entendu conserver la disposition permettant la désaffectation par décret simple, il n'aurait eu besoin de viser que ce seul cas. C'est d'ailleurs ainsi que le gouvernement semble avoir interprété la loi, puisqu'il soumet les projets de désaffectation à l'avis du Conseil d'Etat. Mais les autres cas prévus par l'article 13 visent, en réalité, l'hypothèse où des associations cultuelles ont été constituées. Or ces associations n'existant pas pour le culte catholique, il faut interpréter l'article dans son esprit ; la loi a entendu que l'église reste à la disposition des fidèles si ceux-ci s'en servent et sont, en outre, disposés à faire des sacrifices pour l'entretien de l'immeuble. Mais, dans les cas contraires, elle admet que celui-ci peut leur être retiré ; la désaffectation a donc le caractère d'une sanction. Le conseil d'État l'a compris ainsi ; c'est pourquoi, dans l'affaire d'Ormoy, il a admis que la désaffectation ne pouvait être prononcée par décret, puisque les fidèles avaient promis de contribuer pour une somme plus que suffisante à la réparation de l'édifice.

désaffectation, pourrait persister dans son inertie. Est-il possible de triompher de son opposition ? Nous le croyons.

Il est inadmissible que la simple mauvaise volonté d'un conseil municipal puisse mettre à néant un droit que les fidèles tiennent de la loi. Si le législateur a jugé bon d'exiger l'intervention du Président de la République pour désaffecter l'église, et encore dans des conditions bien déterminées, il serait insupportable que le conseil municipal pût, par une voie détournée, l'effectuer à son gré. Il nous apparait donc que le préfet devrait annuler, pour violation de la loi, la délibération par laquelle le conseil municipal refuserait de procéder aux réparations indispensables pour la célébration paisible et continue du culte, lorsque les fidèles ont proposé leur concours, et un concours suffisant pour ces travaux. L'abstention du préfet ou de la municipalité pourrait être déférée au Conseil d'État pour excès de pouvoir. Mais cette sanction est encore insuffisante, dans le cas d'une résistance obstinée de la commune.

Les fidèles pourraient-ils alors, intenter, à l'encontre de l'administration communale, une action en indemnité ? Nous serions assez disposé à l'admettre, pour les raisons suivantes.

Aux termes du droit commun (art. 1382 et suiv. du Code civil), toute faute ou négligence qui entraîne un dommage oblige son auteur à le réparer.

La faute (ou la négligence) peut ne pas consister dans la violation formelle d'un texte de loi, mais dans un *manquement caractéristique à un devoir moral.* Le caractère de cette faute est souverainement apprécié par les

tribunaux qui sanctionnent non seulement les atteintes aux devoirs généraux qu'impose à tout homme la vie en société, mais encore les manquements aux *devoirs spéciaux* que la parenté ou les fonctions sociales confèrent à certaines personnes à l'égard de certaines autres. Or, dans le cas qui nous occupe, l'autorité municipale commet une *négligence caractérisée* ; sans aucune raison tirée de l'intérêt de la collectivité qu'elle représente, elle s'abstient d'entretenir un bien dont elle a la garde ; elle nuit ainsi, et volontairement, à une catégorie de citoyens envers lesquels elle a des devoirs très spéciaux puisqu'ils sont ses administrés, d'une manière directement et doublement contraire à ses devoirs spéciaux, parce que, en tant que démembrement de l'État, elle a pour double mission de sauvegarder la pleine liberté du culte et d'assurer le respect de la justice. Or, en agissant ainsi, elle entrave le libre exercice des cultes et commet une injustice, puisque les églises, construites pour la plus grande part, par les fidèles, doivent, en toute équité, rester à leur disposition. Nous avons dit, du reste, que l'administration municipale n'a aucun motif licite pour justifier sa conduite ; elle ne peut invoquer, en effet, l'intérêt qu'elle aurait à obtenir la pleine jouissance de l'édifice ; son attitude même lui interdit cet espoir et elle n'a qu'un moyen légitime pour l'obtenir : la désaffectation par une loi. Ainsi, l'administration est animée purement et simplement par un sentiment de sectarisme, sentiment illicite qui contribue à caractériser nettement la faute qu'elle commet ; il y a donc négligence de sa part.

Toutefois, aux termes du droit commun, la faute

(ou la négligence) ne suffit pas pour donner lieu à indemnité : il faut encore un *dommage* causé par cette faute ou cette négligence. La loi ne définit pas plus la notion de dommage que la notion de faute ; il semble, néanmoins que le dommage, pour nécessiter réparation, doit 1° consister dans la privation d'un bien, 2° être appréciable en argent (cette deuxième condition étant d'ailleurs de moins en moins exigée).

Or, dans l'espèce envisagée, 1° la négligence de l'administration prive les fidèles d'un bien dont la possession est garantie par la loi (puisque la loi du 2 janvier 1907, art. 5 al. 1er, confère aux fidèles la disposition de l'église jusqu'à désaffectation). On nous objectera que cette jouissance est purement précaire ; nous ferons remarquer que cette précarité n'est qu'un mot imaginé par le gouvernement pour masquer la retraite qu'il dût effectuer devant la résistance des catholiques à la loi de séparation ; que, de plus, si cette précarité existe, c'est vis-à-vis du législateur et non pas vis-à-vis de l'administration communale. La privation d'un droit purement précaire peut, d'ailleurs, donner lieu à une indemnité. Il n'est même pas absolument nécessaire, pour que la privation d'un bien soit sanctionnée par des dommages et intérêts, que ce bien soit un droit expressément garanti par la loi ; la jurisprudence civile accorde des indemnités pour inconvénients de voisinage, perte de vue, bruits ou odeurs de nature à troubler le bien-être, même lorsque ces faits ne constituent que des abus de droit et ne portent atteinte à aucun droit défini.

2° Cette privation que subissent les fidèles, constitue un dommage appréciable en argent : les fidèles, pri-

vés de l'Église, devront, en effet, s'installer ailleurs ; acheter ou louer à leurs frais un local, ou faire construire une nouvelle église. L'indemnité à accorder peut donc être calculée.

C'est pourquoi, nous considérons comme possible un recours en indemnité contre la commune, à raison du refus de celle-ci de réparer l'église malgré les offres des fidèles.

La solution que nous donnons cadre avec la thèse soutenue par M. Mestre en note de l'arrêt de cassation du 5 février 1912 (Colonna S. 12.1.353) : « Il ne peut s'agir, bien entendu, écrit M. Mestre, en parlant du droit de jouissance du ministre du culte, que d'un droit réel, soumis à un régime administratif très spécial ; il disparaîtra pour toute une série de causes qui sont susceptibles d'atteindre soit le ministre du culte lui-même, s'il vient à perdre cette qualité, soit l'édifice, s'il est désaffecté ; dans ces cas, le droit du ministre sera résolu sans indemnité, car il s'agit d'une résolution résultant, dans les cas déterminés, de textes exprès et à laquelle l'intéressé devait s'attendre. *Dans toutes les autres hypothèses où l'utilité religieuse de l'édifice serait supprimée ou diminuée pour le titulaire, une indemnité pourrait lui être attribuée de ce chef* ».

M. le commissaire du gouvernement Chardenet est aussi explicite dans ses conclusions sur l'affaire Rougegré (Cons. d'État 28 juillet 1911, S. 12.3.97). Il envisage l'hypothèse où les maires de deux communes, présidents d'associations cultuelles, attributaires d'une église en vertu d'un décret déclaré irrégulier, tenteraient de tourner l'arrêt du Conseil d'État.

« Assurément, déclare le commissaire du gouvernement, si les maires des deux communes réunies pour le culte agissaient ainsi, on pourrait dire qu'ils n'ont songé qu'à faire échec à votre décision, qu'ils ont commis une faute personnelle, se détachant de l'exercice de leurs fonctions, et *qu'une action en dommages-intérêts pourrait être intentée contre eux* ».

Un arrêt antérieur de la cour de Bourges du 28 juin 1909 (S. 1909.2.241) alloue à un curé une indemnité pour trouble de jouissance commis par un maire qui avait introduit de force un cercueil dans une église, malgré le consentement de ce prêtre (cf. Agen, 19 juillet 1909)

Telles sont les raisons qui nous déterminent à penser que les fidèles pourraient prétendre à des dommages-intérêts de la part de la commune, si celle-ci refusait d'accepter leurs offres de concours pour les réparations nécessaires à l'église.

Mais on va nous faire une objection capitale : « votre raisonnement ne porte pas, nous dira-t-on, car la responsabilité des communes n'est pas celle du droit commun ; la jurisprudence l'a affirmé bien souvent depuis un certain nombre d'années ».

Si nous nous abritions derrière l'autorité de M. Berthélemy, nous ferions remarquer 1° que le fait, par un conseil municipal, de refuser une réparation, est un acte de gestion et que les actes de gestion doivent entraîner pour leurs auteurs, la responsabilité du droit commun ; 2° que l'église fait partie du domaine privé et que les actes concernant le domaine privé relèvent sans contestation du droit civil.

Mais, nous voulons nous placer sur le terrain de la

jurisprudence (1). Or, celle-ci déclare, selon la formule célèbre : « que la responsabilité de l'administration a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et *la nécessité de concilier les droits de l'État (de l'administration) avec les droits privés* » (2). Cette formule ne veut rien dire ou elle implique nécessairement quoique « a contrario », qu'il est nécessaire de sauvegarder les droits des particuliers, lorsqu'un intérêt supérieur (besoins du service ou droits de l'administration) n'exige pas qu'ils soient sacrifiés. Chaque fois que cet intérêt supérieur n'existe pas, il est normal de revenir aux principes de la responsabilité du droit civil. Or, dans le cas qui nous

---

(1) En réalité, nous ne comprenons pas très bien l'opposition que l'on veut établir, à tout prix, entre la théorie administrative de la responsabilité de la puissance publique et la théorie civiliste de la responsabilité pour faute. Ces deux théories s'inspirent, en somme, des mêmes principes ; la première faisant une part plus large à l'idée de risque, la seconde à l'idée de faute, mais la première comme la seconde ne pouvant éliminer complètement la notion de faute (v. en partr C. Et., 22 déc. 1924; D. H., 2 déc. 1925, p. 30). Elles aboutissent, à peu de chose près, par des voies à peine différentes, aux mêmes résultats pratiques.

En tout cas, il est bon de remarquer que, si la jurisprudence administrative diffère de la jurisprudence civile, c'est parce que la première admet plus facilement que la seconde la responsabilité. Nous sommes loin du temps où il était admis que les actes de puissance publique n'engageaient pas la responsabilité de l'administration.

(2) Il est à remarquer que cette formule que l'on veut opposer à celle du Code civil, aurait pu être déduite rigoureusement des principes posés par lui ; en effet, si un intérêt supérieur exige que les droits des particuliers soient sacrifiés dans une hypothèse déterminée et par un acte déterminé, *l'Etat, en accomplissant cet acte, ne commet aucune faute;* il ne tombe donc pas sous le coup des articles 1382 et suivants du Code civil.

Si le Tribunal des Conflits, dans l'arrêt Blanco du 8 février 1873 (S. 73. 3. 154) a voulu marquer nettement l'opposition entre les principes du droit civil et ceux du droit administratif, c'est que, à cette époque, la jurisprudence administrative admettait encore l'irresponsabilité de l'administration à raison des actes de puissance publique ; mais, depuis que le Conseil d'Etat a abandonné cette théorie, il a renversé la barrière existant jusque là entre les principes du droit civil et ceux du droit administratif en matière de responsabilité.

occupe, peut-on vraiment invoquer un intérêt supérieur pouvant faire échec aux droits des particuliers ? On dira qu'il est contraire aux principes que la juridiction administrative ou civile se fasse juge de l'opportunité des décisions de l'administration active. Mais cette considération ne peut nous arrêter ; la juridiction administrative s'est, en bien des cas, reconnu le droit d'apprécier l'opportunité de mesures de police, alors que ces mesures constituent des actes de puissance publique et cela, non seulement comme juge des excès de pouvoir, mais comme juge de pleine juridiction (v. af. Thévenet C. d'Ét. 23 juin 1916. Leb., p. 244) ; a fortiori, peut-elle faire de même lorsqu'il s'agit d'un acte de gestion. Les règles résultant des principes combinés de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la juridiction administrative vis-à-vis de l'administration active sont entièrement conditionnées par la question du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Or, ce pouvoir discrétionnaire n'est, à notre sens, que la liberté individuelle des administrations et doit avoir la même portée que la liberté individuelle des personnes privées. Les tribunaux judiciaires n'ont, en général, pas le droit de se faire juges de l'opportunité des actes des citoyens.

Dans certains cas, cependant, ils le doivent : lorsqu'une loi est violée ou lorsqu'un dommage est causé. De même, à notre sens, les tribunaux (civils ou administratifs suivant les cas) doivent respecter l'indépendance de l'administration active, mais dans la mesure où celle-ci ne cause aucun dommage et ne viole aucun droit. La législation a entendu empêcher que l'administration

active ne tombe *sous la dépendance hiérarchique* des juges, mais rien de plus (1).

Toutes ces considérations nous amènent à conclure que si une commune refusait purement et simplement, sans autre raison valable qu'un sectarisme de parti, des réparations à une église, lorsque ces réparations sont nécessaires à l'exercice du culte, elle pourrait être mise en demeure par le juge de réparer l'église, ou de verser des dommages et intérêts.

Quel juge serait compétent ? La question est délicate ; le juge de l'indemnité, pour responsabilité délictuelle des communes à raison des actes de gestion du domaine public, est, d'après la jurisprudence, le Conseil d'État. Mais, il s'agit ici d'un cas spécial : une atteinte à l'exercice d'un droit analogue à la possession. Or, les troubles causés à la possession sont de la compétence judiciaire. La jurisprudence civile semble disposée à se déclarer compétente pour juger tous les litiges relatifs aux droits de jouissance des fidèles et des ministres du culte. (Cass. 5 février 1912, Colonna, Bordeaux 29 mars 1911 S. 12.2.133).

Mais, en réalité, dans l'hypothèse très spéciale qui nous occupe, l'indemnité ne peut être accordée qu'une fois résolue la question de savoir si l'administration doit être responsable à raison d'un délit, et ce délit consiste, en somme, dans un excès de pouvoir commis par l'ad-

---

(1) La théologie catholique, tout en établissant une distinction et même une séparation très nette entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, déclare cependant que les détenteurs du pouvoir temporel relèvent du pouvoir spirituel *de peccato*. Nous dirions volontiers, par analogie, que l'administration relève des juridictions administratives *de peccato*.

ministration, personne publique ; or, il est contraire aux traditions comme à l'esprit de la législation que les excès de pouvoir de l'administration soient jugés par les juridictions ordinaires.

Les fidèles, en soumettant d'emblée un tel conflit aux tribunaux civils, risqueraient d'échouer devant les scrupules ou la timidité du juge qui hésiterait certainement à se mêler de façon aussi intime d'une affaire intéressant la gestion publique de l'administration ; les fidèles agiraient donc sagement, afin de mettre à l'aise le juge civil (qui pourrait hésiter à apprécier la conduite de l'administration), en saisissant, avant tout recours en indemnité, le conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir. Si, ensuite, le conseil municipal persistait dans son attitude, le prêtre ou les fidèles, forts de la chose jugée, pourraient s'adresser au tribunal civil compétent (le juge de paix serait incompétent, car la possession de l'église étant précaire, n'est pas un droit dont le contentieux ressort de la compétence des juges de paix, à moins cependant que le taux de l'indemnité réclamée entraîne la compétence de cette juridiction).

Quelles personnes pourraient intenter ce recours en indemnité ?

En vertu d'une doctrine couramment admise et implicitement consacrée par la jurisprudence, le curé a un droit spécial et distinct de ceux des fidèles à la jouissance de l'église (voir note Mestre précitée sous Cassation 5 février 1912). Il pourrait donc se pourvoir, en son propre nom, devant la juridiction compétente, sans qu'on puisse lui opposer l'adage : « Nul en France ne plaide par procureur ».

Mais il nous semble que les fidèles, en tant qu'affectataires, pourraient également agir en justice, soit individuellement soit par l'intermédiaire d'une association régulière pour l'exercice du culte, telle que l'association diocésaine (1).

---

(1) Sur toute cette question : Avis du Conseil d'Etat 12 juillet 1910, relatif à la désaffectation de l'église d'Ormoy. *Rev. d'Org. et de Défense rel.*, 17 mars 1912. Art. de Rivet dans *Rev. d'Org. et Déf. relig.*, oct. 1911.

On peut se demander si les fidèles n'ont pas un droit propre à faire réparer l'église, même sans l'assentiment du conseil municipal, lorsque celui-ci met une telle mauvaise volonté à entretenir cet édifice. Nous le croyons ; nous nous appuierons sur les arguments suivants :

Le droit de propriété sur un objet n'est exclusif d'un usage par les non propriétaires que dans la mesure où cet usage est susceptible de restreindre l'utilité maxima que le propriétaire peut attendre de sa chose, étant données la nature de celle-ci, sa destination légale ou juridique, et les servitudes dont elle est grevée.

Il est vrai que l'intérêt général commande que le propriétaire soit généralement laissé souverain juge de l'opportunité des mesures à prendre pour conserver ou faire rendre à sa propriété le maximum d'utilité qu'elle est susceptible de lui procurer.

En effet, il serait en général beaucoup plus dangereux qu'avantageux pour la Société de permettre aux juges et aux administrateurs d'imposer aux citoyens un certain usage de leurs biens, sous prétexte que cet usage est le plus conforme à l'intérêt général et particulier ; les juges ou les administrateurs sont beaucoup moins bien placés que les particuliers pour en apprécier. La tyrannie qui résulterait d'une règle contraire à celle de la libre disposition des biens, sans créer un meilleur état de choses que celui qui résulte de la conception romaine et individualiste de la propriété, instaurerait un étatisme despotique intolérable.

Il n'en n'est pas moins vrai que, théoriquement, le propriétaire doit faire profiter la société entière de son droit ; la propriété, comme tous les droits, est une fonction sociale. Le propriétaire ne peut, en bonne morale, priver ses semblables d'une jouissance qui n'exclut pas ou ne restreint pas la sienne.

Et le juge, doit, dans une certaine mesure, tenir compte de ce principe.

Lorsqu'il a *l'évidence* que le propriétaire abuse de son droit, c'est-à-dire qu'il prive méchamment et sans aucune raison tirée de son propre intérêt, les autres hommes de la jouissance légitime qu'ils peuvent attendre de la chose qui constitue l'objet de sa propriété, le juge peut, soit accorder une indemnité à ceux qui ont été frustrés d'une façon illicite de la jouissance à laquelle ils avaient un certain droit, soit en refuser une au propriétaire qui se plaindrait d'un trouble de jouissance qui n'existe pas en réalité.

Il est vrai, encore une fois, que dans l'application de ce principe, le juge doit se montrer extrêmement prudent ; il ne doit sanctionner l'abus

III. — Si une administration ne pouvait, faute de ressources, exécuter une dépense *obligatoire*, pourrait-elle refuser d'accepter une offre de concours en vue de

---

du droit de propriété que s'il a *l'évidence* de cet abus. Mais, à notre sens, cette prudence s'impose avec moins de rigueur au juge administratif, en tant que juge de l'administration, qu'au juge civil. La juridiction administrative est juge de la *moralité administrative ;* elle n'est pas supérieure hiérarchique, mais elle a le droit et le devoir de tenir compte des obligations spéciales que la fonction de l'administration impose à celle-ci envers les particuliers ; aussi, nous semble-t-il normal de laisser au Conseil d'Etat une plus grande latitude qu'aux tribunaux civils.

Ces principes une fois posés, revenons à la question : ne faut-il pas reconnaître aux prêtres et aux fidèles le droit d'opérer des réparations aux églises qu'ils occupent en vertu de l'article 5 paragraphe 1er de la loi du 2 janvier 1907 ?

1° Nous reconnaîtrons aux intéressés ce droit, s'il est prouvé que les réparations à faire ne peuvent en rien restreindre l'utilité maxima que la commune peut attendre de ce monument, étant données sa nature, sa destination légale ou juridique et les servitudes dont il est grevé.

2° Nous admettrons le devoir, pour les juridictions administratives, de sanctionner ce droit, si le manque d'intérêt de la commune à s'opposer à ces travaux est démontré avec suffisamment d'évidence.

1° L'église, tant par sa nature que par sa destination légale, ne peut servir qu'au culte ; accessoirement elle possède un intérêt artistique ou historique. Tant que l'affectation subsiste, la commune ne peut attendre d'autres avantages de cet édifice. C'est pourquoi, les réparations faites à une église, si elles sont entourées de toutes les garanties de bonne exécution (si, par exemple, elles sont entreprises sous la direction d'un architecte des monuments historiques) ne peuvent en rien restreindre les avantages que la commune peut attendre de ce monument, au contraire.

La commune s'opposera, peut-être, aux réparations, en disant qu'elle entend recouvrer au plus tôt l'entière disposition du terrain sur lequel l'église est édifiée, et que le meilleur moyen, pour obtenir ce résultat, est encore de laisser tomber en ruines l'église ; qu'en ce sens, les réparations faites au monument restreignent l'utilité que la commune a le droit d'en attendre. Mais, nous espérons l'avoir démontré, ce procédé est illégitime parce qu'il est contraire à la loi de 1905 ; il aboutit à désaffecter une église en dehors des formes prévues. Si la commune veut obtenir la pleine jouissance de l'église et du terrain, elle peut le demander au gouvernement ou au législateur (suivant le cas) mais elle ne peut employer un autre moyen.

2° Le juge administratif, étant juge de la moralité administrative, aurait, nous semble-t-il, le devoir de protéger l'entreprise des fidèles qui réparent eux-mêmes l'église, s'il était prouvé : *a*) que l'administration a refusé de procéder elle-même aux travaux ; *b*) que ces travaux sont exécutés dans des conditions telles qu'ils ne sont susceptibles ni

cette opération ? La question ne peut se poser que dans le cas où le contrat à conclure n'imposerait à la commune aucune obligation exceptionnelle importante. Il nous semble que l'autorité supérieure pourrait, dans ce cas, accepter d'office, au nom de l'administration subalterne. Cette solution paraîtra peut-être audacieuse ; elle ne nous semble pas contraire aux principes généraux ; il est certain que l'administration supérieure ne peut, en principe, se substituer d'office à l'administration subalterne, que dans les cas où celle-ci se refuse à faire quelque chose qui est expressément prescrit par la loi ; or, si l'acceptation de l'offre de concours n'est pas elle-même expressément prescrite par la loi, elle se rattache, dans ce cas, nécessairement, à l'exécution d'un acte obligatoirement mis à la charge de l'administration subalterne.

---

de diminuer la solidité du monument, ni de le défigurer, ni d'en restreindre la valeur historique, c'est-à-dire dans des conditions telles que le droit de jouissance de la commune n'en pourrait être diminué.

S'il nous fallait un autre argument en faveur du droit des fidèles à faire réparer l'église à leurs frais, nous ajouterions que tout droit implique celui d'employer les moyens nécessaires à sa possession (Conf. théorie de la force majeure). Les fidèles ont le droit de se servir de l'église tant qu'elle n'est pas désaffectée dans les conditions et selon les formes légales ; ce droit implique nécessairement celui de faire les travaux indispensables au maintien de cette possession, si l'autorité, qui a le devoir de les faire, refuse de les accomplir.

Ajoutons que ces travaux étant effectués par de simples particuliers et en dehors du consentement de l'administration, n'auraient pas le caractère de travaux publics. Les travaux publics sont, en effet, des travaux immobiliers, **accomplis par ou pour le compte d'une personne publique** (ce qui implique sinon le consentement du moins la non opposition de celle-ci), en vue d'un service public ou d'un objet d'utilité publique. (Voir *De la Notion de Travail public*, Marc Noël.)

§ 3. — Formes du refus

De même que l'acceptation peut résulter d'une décision expresse ou tacite de l'administration, le refus peut être explicite ou implicite.

CHAPITRE V

Des Obligations du souscripteur

§ 1. — Etendue des obligations du souscripteur

Le souscripteur est tenu, dans les limites du droit commun des contrats, à l'exécution des obligations qu'il a volontairement prises à sa charge.

Les contrats de concours, comme toutes les conventions, peuvent comprendre :

1° Des clauses qui y sont expressément stipulées.

2° Des clauses qui y sont implicitement contenues en vertu de la loi.

3° Des clauses qu'une saine interprétation de la volonté des parties commande d'y ajouter.

1° Clauses expressément stipulées : Elles doivent être exécutées de bonne foi et interprétées conformément aux principes posés par le Code civil et spécialement par les articles 1156 et suivants.

2° Clauses légales : Elles varient suivant la forme de l'offre de concours (cession de terrains, emprunt, etc...);

elles sont déterminées par le Code civil ou des lois spéciales.

3° Clauses qu'une saine interprétation de la volonté des parties commande d'ajouter au contrat, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées :

Il y a d'abord les clauses d'usage (art. 1160 du Code civil) qui varient suivant la forme de l'offre.

Il y a ensuite les clauses qui résultent de la nature des choses.

Si la souscription consiste dans une somme d'argent déterminée à l'avance, il est raisonnable de considérer, à moins d'un terme expressément stipulé, que cette somme est due avant l'exécution de l'opération, immédiatement après la conclusion du contrat. A plus forte raison, la même solution s'imposerait, si l'offre consistait dans une cession de terrains dont l'emprise préalable par l'administration serait nécessaire à l'exécution de l'opération.

Mais, si le souscripteur s'était engagé à supporter une quote-part des frais, sans fixer un forfait, cette somme ne pouvant être déterminée qu'après l'exécution de l'opération et l'apurement des comptes, ne serait exigible qu'à ce moment. Cependant, M. Tisserant (Répert. Béquet, tr. pub. n° 366) admet que l'administration est en droit d'exiger le versement d'un acompte aussi élevé qu'elle le juge convenable, et il justifie cette manière de voir par la nécessité pour l'administration de rattacher cette somme à son budget. Cette considération est ingénieuse, mais elle est fondée sur une interprétation par trop audacieuse de la volonté des parties. Les particuliers ne sont, en général, pas au courant des nécessités et des usages budgétaires, et la clause que

M. Tisserant semble vouloir ajouter d'office au contrat de concours est certainement exorbitante du droit commun. De plus, le souscripteur n'a certainement pas entendu laisser l'administration entièrement juge de la somme dont il convient de faire l'avance. Nous considérons donc que l'administration ne pourrait exiger un acompte, que si une clause expresse lui en donnait le droit. De plus, si le contrat permet exceptionnellement d'exiger du souscripteur un acompte, à moins de convention contraire, elle ne devrait pas réclamer une somme supérieure à la quote-part définitive, telle qu'on peut l'apprécier approximativement avant l'exécution de l'opération.

Toujours dans le cas où le souscripteur s'engagerait pour une quote-part de la dépense, il faudrait en principe, considérer, à défaut de clause contraire, qu'il n'a pas entendu se décharger des dépenses imprévues mais indispensables (v. Béquet tr. pub. nº 368 et renv).

Néanmoins, il conviendrait, semble-t-il, de tenir le plus grand compte des circonstances de fait et spécialement des évaluations émanant de l'administration, même lorsqu'elles n'ont pas été prises expressément, comme base du contrat, si elles ont évidemment influencé le souscripteur au moment de l'engagement (v. cep. Cons. État, 17 nov. 1895, Leb., p. 763). Il y a lieu de tenir compte du fait que le souscripteur a profité ou n'a pas profité des dépenses imprévues (Cons. d'État 15 nov. 1895, Leb. p. 721).

Il est certain, en tout cas, que le souscripteur ne peut être tenu à un sacrifice quelconque à raison des augmentations de dépense provenant de la faute, de l'incurie,

de la mauvaise gestion ou de la fantaisie de l'administration (cf. Bequet tr. pub. nº 369 et n.).

La jurisprudence administrative a, d'ailleurs, par un souci d'équité très louable, admis en dehors de toute clause explicite, la révision de contrats de concours, en considération d'importants changements dans la situation qui avait amené la conclusion de ces conventions. Par exemple, un propriétaire avait, en raison des services particuliers que lui rendait un pont, pris l'engagement de contribuer, par une subvention périodique, à son entretien. Après un certain nombre d'années, la circulation avait pris sur ce pont, une telle importance, que le rapport entre l'usage particulier qu'en faisait le souscripteur et l'usage public en avait été complètement modifié. Le conseil d'État a admis la révision de la convention. Il y a certainement là une interprétation de la volonté des parties, large mais très légitime, lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des engagements de l'administration (Cons. État 8 août 1885, Leb. p. 794). (Lorsque le contrat de concours oblige le souscripteur à verser une subvention périodique, une clause permettant la révision est habituellement insérée au contrat).

De plus, la théorie jurisprudentielle de l'imprévision, imaginée à propos des contrats de concession, pourrait avoir son application en matière d'offre de concours.

Cette théorie de l'imprévision peut se formuler ainsi : lorsqu'une personne s'est engagée à supporter les aléas d'une opération administrative, elle n'est tenue que des aléas normaux qui pouvaient être prévus au moment de la conclusion du contrat, par les personnes les plus perspicaces. Si un événement exceptionnel survient, par

exemple une guerre, qui bouleverse l'économie du contrat, cet événement crée une *situation extra-contractuelle ;* celle-ci ne détruit pas le contrat, mais oblige les parties à un règlement de compte équitable qui, à défaut d'accord amiable, peut leur être imposé par le juge. Celui-ci pourrait, suivant la thèse soutenue par M. Hauriou, compenser les charges exceptionnelles par les bénéfices exceptionnels (v. Cons. d'Etat, S. 1916. 3. 17 af. gaz de Bordeaux, conc. Chardenet n. Hauriou, S. 1920, 3. 25 af. gaz de Nice et à la suite gaz d'Auxerre conc. Riboulet n. Hauriou et pl. arr. S. S. 23. 3. 3. n. Hauriou). Par exemple, si une société industrielle a pris l'engagement de supporter tout ou partie des frais résultant de l'entretien d'une ligne de chemin de fer d'intérêt local, si ces frais se sont augmentés, par suite de la guerre, dans des proportions telles qu'il eût été impossible de les prévoir au moment du contrat, on révisera ce contrat en tenant compte de l'augmentation des bénéfices exceptionnels dont l'industriel souscripteur bénéficie du fait même de la guerre, ainsi que de la part des frais que l'augmentation générale des prix permet de mettre à la charge des consommateurs.

Si le souscripteur est une administration publique, il faut tenir compte de ce fait pour l'interprétation du contrat. La ville de Toulouse avait promis de subvenir aux frais de construction d'une caserne nécessitée par la constitution d'un 4e bataillon dans les régiments d'infanterie ; ces bâtiments une fois construits, les 4es bataillons furent logés ; mais, quelques années après, une nouvelle loi militaire vint supprimer les 4es bataillons ; la ville intenta contre l'administration de l'État

une action en résiliation du contrat de concours. Le Conseil d'État repoussa la prétention de la ville, en s'appuyant sur ce fait que l'État avait rempli ses engagements, puisque les nouveaux bâtiments avaient effectivement servi pendant quelque temps au logement des troupes et que l'État ne s'était pas engagé à autre chose. Il est bien évident que cette manière d'interpréter les contrats ne peut se concevoir que dans les cas où les contractants sont vis-à-vis les uns des autres dans des situations très spéciales ; il serait inique d'interpréter d'une façon aussi stricte des conventions passées entre simples particuliers (1). (S. 15.3.17. n. Hauriou).

§ 2. — Transmission des obligations du souscripteur

Les obligations du souscripteur se transmettent conformément aux règles du Droit civil.

Elles sont intransmissibles si elles ont été stipulées

---

(1) Les situations du droit administratif commandent des solutions exceptionnelles. D'une part, comme nous l'avons vu, lorsque l'Etat traite avec une personne administrative, il faut considérer qu'il y a entre les contractants des rapports préexistants très spéciaux ; toutes les personnes administratives sont des démembrements de l'Etat. D'autre part, lorsque l'administration traite avec les particuliers, elle ne doit pas oublier qu'elle a envers eux des obligations spéciales ; l'administration est, avant tout, une puissance tutélaire et les tribunaux, surtout les tribunaux administratifs, ont le devoir de tenir compte de ces obligations spéciales. Un particulier peut exiger strictement son droit, l'administration ne le doit pas toujours. Les nouvelles théories sur l'imprévision qui ont été imaginées, il est vrai, moins dans l'intérêt des concessionnaires que dans celui du service, peuvent se justifier également par cette considération. Mais, notons bien que, puisque ce sont des situations spéciales au droit administratif qui commandent des solutions exceptionnelles, il peut être dangereux d'étendre les solutions du droit administratif aux situations du droit civil.

« intuitu personæ », spécialement en considération de la compétence technique particulière du souscripteur; si, par exemple, un architecte s'est engagé à fournir les plans d'un monument.

Elles sont transmissibles dans tous les autres cas suivant les principes du Code civil.

Si elles consistent en servitudes réelles, elles suivent l'immeuble dans les mains de celui qui l'acquiert. Mais, faut-il considérer comme servitude réelle une souscription en argent, consentie en vue de travaux dont le souscripteur attend un avantage pour son immeuble ? La jurisprudence a répondu négativement à cette question (Cons. État 9 mars 1906, Leb. p. 224, concl. Romieu).

Notre droit moderne répugne à qualifier « droits réels », des droits qui impliquent pour le débiteur une obligation de faire ou de donner. Il serait d'ailleurs évidemment injuste d'obliger un acheteur à payer une souscription qu'il n'a pas expréssement consentie. Il n'y a pas lieu d'étendre à l'hypothèse des offres de concours, les solutions adoptées en matière de contribution d'arrosage ou de toute autre contribution obligatoire, qui constituent des impôts frappant les propriétés et non pas les personnes (1).

Lorsque l'offre de concours, c'est le cas le plus fréquent, consiste dans une obligation personnelle, elle est transmissible aux héritiers et aux légataires univer-

(1) Il faut noter cependant, que l'entrée dans un syndicat volontaire de propriétaires, s'analyse en une offre de concours en vue d'un travail public ; dans ce cas spécial, les obligations qui en résultent, ont un caractère réel et se transmettent avec l'immeuble ; il y a dans ce cas une obligation complexe tenant du caractère de l'impôt et du caractère de l'obligation contractuelle (v. C. E. 24 mai 1901. Dem. Danos).

sels ou à titre universel, chaque ayant-cause étant tenu proportionnellement à sa part héréditaire (c'est contrairement à la doctrine et à la jurisprudence que M. Tisserant — répertoire Bequet tr. pub. n° 386, in fine — met à la charge des donataires universels, ou à titre universel, une quote-part des obligations — v. Colin et Capitant c. el. de dr. civ. 1915, t. 3 p. 793 et suiv. et arrêts cit. à cette page — mais, en vertu de l'art. 945 du C. civ. cette obligation pourrait être stipulée conventionnellement à condition que la dette résultant du contrat de concours fût antérieure à la donation). Les ayants-cause à titre universel ne seraient tenus solidairement que si l'obligation résultant du contrat était indivisible ; cette indivisibilité pourrait résulter, soit de la nature de l'objet, soit de la convention, soit de la nature des choses.

L'obligation serait indivisible en raison de la nature de l'objet, si celui-ci n'était pas susceptible de division matérielle ou intellectuelle, c'est-à-dire, en somme, s'il n'était pas susceptible de propriété collective ou indivise.

L'obligation serait indivisible en raison de la nature des choses, si l'insolvabilité d'un seul des ayants-cause du débiteur primitif devait entraîner l'inexécution totale du contrat (arg. tir. de la jurisp. : v. Colin et Capitant c. el. de dr. civ. ed. 1915 t. 2. p. 213, req. 12 janv. D. P. 1906, 38 S. 1909. I. 142 Req. 15 nov. 1911 D.P. 1913 3.I. 167) ; par exemple, il y aurait obligation indivisible, si le souscripteur primitif s'était engagé à procurer *tout* le terrain nécessaire à la construction d'une école ou d'un hospice.

Il n'y a pas, en droit français, de cession de dette proprement dite. Néanmoins, soit à l'occasion de la vente d'un immeuble, soit par une convention séparée, le souscripteur pourrait stipuler, à la charge d'un tiers, l'obligation de payer le fonds de concours. Cette convention laisserait subsister le contrat primitif; cependant, elle ne serait pas, à l'égard de l'administration « Res inter alios acta », puisque cette disposition constituerait à son profit une stipulation pour autrui. Celle-ci, tant à cause de cette raison qu'en vertu de l'article 1166 du Code civil, aurait le droit d'exiger directement, du débiteur du souscripteur, l'exécution des obligations contractées envers celui-ci (conc. Romieu s. Cons. d'État 9 mars 1906, Leb. p. 224). Mais, à moins de convention contraire, l'administration garderait le droit de s'adresser au souscripteur primitif dont le patrimoine continue à garantir la dette, sauf novation régulièrement opérée. Il faut reconnaître, par voie de conséquence, et sauf circonstances particulières ou clauses contraires, au profit de la tierce personne qui s'est engagée à payer la dette résultant du contrat de concours, le droit corrélatif d'obliger l'administration à exécuter ses obligations et celui de contrôler l'exécution des dites obligations, dans la mesure où le contrat de concours conférerait explicitement ou implicitement cette prérogative au souscripteur de l'offre.

Il y a lieu de considérer, semble-t-il en effet, que, dans un cas semblable, le souscripteur a entendu céder sa créance à l'encontre de l'administration.

§ 3. — Extinction des obligations du souscripteur

A moins d'extinction par prescription, résiliation ou annulation, le souscripteur est tenu d'exécuter ses obligations selon les termes du contrat.

Cependant, il nous semble que le souscripteur pourrait opposer la compensation, dans le cas où il deviendrait créancier de l'administration dont il est débiteur, mais, à la condition seulement que la créance et la dette de l'administration aient été contractées au profit du même service ; si les services débiteurs et créanciers étaient distincts, cette compensation serait impossible en raison des règles de la comptabilité.

De plus, la compensation n'est possible que conformément aux principes du droit civil, c'est-à-dire qu'une créance ne peut compenser une dette que si elle est liquide et exigible, et si la créance et la dette ont pour objet, l'une et l'autre, de l'argent ou des choses fongibles de même espèce. Il ne saurait être question, par exemple, de compenser une dette, contractée par une convention de concours, au moyen d'une indemnité due par l'administration, en raison d'une emprise illégale ou abusive sur la propriété du débiteur, tant que cette indemnité n'est pas fixée par la juridiction compétente.

Exécution forcée. — Si le souscripteur n'exécute pas volontairement ses obligations, il peut y être contraint. Les fonds de concours sont recouvrés, en la forme administrative, au nom de l'administration envers laquelle l'engagement a été pris .

Les subventions dues à l'État sont payables sur le

vu d'un titre émanant du ministre (Art. 54 de la loi Fin. 13 avril 1898).

Les subventions dues aux administrations locales, sont recouvrées au moyen d'états dressés par le préfet (s'il s'agit de subventions dues au département) ou par le maire, avec visa du sous-préfet (si la subvention est due à la commune). Si l'objet de l'offre consiste dans un travail à exécuter, et que le souscripteur manque à son engagement, l'administration pourrait d'office, fixer une indemnité ou faire exécuter le travail aux frais du souscripteur, sauf recours de celui-ci devant la juridiction compétente (Cf. art. 1142 à 1145 du C. C.).

Qui a qualité pour agir en recouvrement, ou pour exiger l'exécution des obligations contractées par le souscripteur ?

Trois catégories de personnes :

1° L'administration intéressée.

2° Les concessionnaires ou les tiers qui auraient été régulièrement subrogés dans les droits de l'administration, ou en faveur desquels la subvention aurait été stipulée.

3° Les contribuables de la commune créancière du fonds de concours (en vertu de l'art. 123 de la loi munic.). Cependant, il convient de remarquer que le conseil municipal compétent pour accepter les offres de concours, le serait également — sous réserve des observations que nous présentons plus loin — pour en accepter la rétractation. Par conséquent, l'autorisation de plaider ne devrait être accordée aux contribuables, que si le fait, par le conseil municipal, de refuser de poursuivre l'exécution des obligations ou des prestations,

ne constituait pas en réalité une renonciation aux droits tenus du contrat.

§ 4. — Extinction des obligations par prescription

Les obligations du souscripteur se prescrivent par 30 ans, sauf interruption pour une des causes admises par la loi.

Si l'engagement ne fixe aucune date pour l'exécution des obligations du souscripteur, nous avons dit que la souscription était exigible en principe, avant le commencement de l'exécution de l'opération subventionnée. Cependant, il est plus équitable, dans le cas où l'administration n'a rien demandé à ce moment, de supposer qu'il a été implicitement convenu que le versement ne serait exigible qu'après l'achèvement de l'opération, et par conséquent, de ne faire partir le délai de la prescription qu'à partir de ce moment (V. Tisserant Rép. Béquet Trav. Pub. n° 407).

CHAPITRE VI

Des obligations et charges de l'Administration acceptante

§ 1. — A quoi peut s'engager l'administration

La capacité des personnes morales de droit public est plus restreinte que celle des particuliers ; elle est limitée par le but même qui est sa raison d'être ; ce principe doit dominer le droit des contrats administratifs.

D'autre part, l'administration est tenue, toujours en raison de sa fonction, d'observer certaines règles particulières qui lui interdisent d'accomplir ou de s'engager à accomplir certains actes.

De ce double principe, en découlent trois :

Le principe de la compétence et de la spécialité.

Le principe de la gratuité des services publics.

Le principe de l'inaliénabilité de certaines prérogatives de l'administration.

Si l'administration s'engage, par une condition insérée dans un contrat, à accomplir un acte qu'elle n'a pas

le droit de faire, soit en vertu de ces principes généraux, soit en vertu de textes spéciaux, cette condition est nulle.

Quelles sont les conséquences de cette nullité ?

Si la condition nulle constitue la cause des obligations de l'une des parties, cette nullité entraîne celle du contrat (art. 1131 du C. civ.) et ceci, d'après la jurisprudence, que le contrat soit onéreux ou qu'il soit gratuit. La conséquence de ce principe, c'est que l'article 900 du Code civil ne s'applique pas aux libéralités avec charges, et ainsi aux offres de concours gratuites, lorsque la condition nulle constitue la cause des obligations du bienfaiteur. (V. Rep. 3 juin 1863 D. P., 63, 1, 429, civ. 17 juillet 1883 ; D. P., 84, 1, 156, S, 86, 1, 305, note Labbé Req., 29 nov. 1892 ; D. P. 93, 1, 47).

Lorsque l'exécution de la condition ne constitue pas la cause des obligations de l'une des parties, il faut au contraire, distinguer.

Si le contrat est gratuit, la condition est réputée non écrite en vertu de l'article 900 du Code civil ; mais, comme cette disposition est fondée sur l'interprétation de la volonté du bienfaiteur, il semble qu'elle devrait être écartée, en cas de stipulation contraire ; ce n'est pas le système de la jurisprudence civile qui considère plutôt l'article 900 comme une sorte de pénalité (Lyon 22 mars 1884, D. P., 86, 2, 84). Si, au contraire, le contrat de concours est onéreux, la nullité de la condition rend nulle la convention qui en dépend (art. 1172 du Code civil). A moins, cependant, que la condition ne soit détachable du contrat, auquel cas son inexécution serait sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts.

Ces règles posées, il nous semble utile d'en faire l'application à notre espèce dans certains cas importants. Nous avons dit qu'il y a trois principes généraux qui limitent la capacité et la liberté de contracter de l'administration.

A) *Principe de la compétence et de la spécialité.*

Sont nuls, d'une nullité absolue, les dispositions obligeant une administration, un établissement public ou un service public, à accomplir des actes pour lesquels ils sont incompétents. On a discuté sur la portée de cette règle. Quelques auteurs admettent que l'autorisation, donnée par l'administration supérieure, d'accepter un legs ou une donation avec charges, couvre cette nullité qui n'est pas de droit civil ; ou plutôt, que le principe de la spécialité ne s'impose qu'à l'autorité supérieure qui apprécie souverainement l'opportunité de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer.

D'autres estiment que cette nullité ne peut être couverte, et frappe toutes les dispositions que le service ou l'établissement gratifié n'est pas expressément habitué à faire, en vertu de la loi.

D'autres enfin, et c'est l'opinion dominante en jurisprudence, admettent que le principe de la spécialité doit être entendu au sens large et que les établissements publics ou les administrations peuvent s'engager à faire tous les actes que la loi ne leur interdit pas (Cass. 31 janvier 1893 D. P. 93. 1.513, note Koehler).

Nous considérons cette solution comme très satisfaisante, à condition toutefois qu'il soit bien entendu qu'elle implique qu'un acte, pour pouvoir faire l'objet

d'un engagement de la part de l'administration, doit tendre, au moins indirectement, au but — entendu dans un sens large — que la loi donne au service ou à l'établissement.

Un hospice pourrait ainsi accepter, à notre sens, une offre de concours, en vue de la création d'un service d'hygiène, puisque le but de l'hospice est, en somme, la santé publique.

De même, la jurisprudence avait très correctement décidé, sous l'empire du Concordat, qu'un legs fait à un évêché, à charge d'entretien d'écoles congréganistes, était valable, puisque l'enseignement, sous toutes ses formes, contribue à la formation religieuse (Chambéry, 21 juin 1893, 3, D. P. 94. 2. 157 et cf. Cass. 26 mai 1894 D. P. 95.1.217, note Planiol S. 96.1.129, note Meynial) (1).

Il semble de même, que ne doit pas être considérée comme nulle, une disposition qui, à titre très accessoire, impose à l'administration de rendre à un particulier un service d'ordre privé.

L'autorisation par l'autorité supérieure ne doit pas, à notre avis, couvrir la nullité des dispositions stipulées en contravention des principes de la spécialité et de la compétence. Cette autorisation pourrait être déclarée entachée d'excès de pouvoir ; cette solution s'impose, car

---

(1) Les fondations se rapprochent parfois beaucoup des offres de concours. Il est intéressant de rappeler ici que la jurisprudence considère que les legs faits à un établissement public incompétent ne sont pas nuls, mais doivent, à moins de circonstances prouvant une volonté contraire, être réputés faits, en réalité, à l'établissement compétent (Amiens 26 déc. 1894 D. P. 96. 2. 75). Toutefois, la jurisprudence doit se montrer très prudente pour ne pas trahir la volonté des disposants.

il importe qu'un recours soit toujours possible contre une décision exécutoire. (En fait, il est peu probable qu'un tel recours puisse aboutir au fond, puisque le Gouvernement ne peut accorder l'autorisation d'accepter un legs ou une donation avec charges, si elle donne lieu à réclamation de la part des familles, qu'après avis du Conseil d'État ; mais, dans ce cas, le Conseil d'État statue en tant qu'auxiliaire de l'administration active, et non pas en tant que juridiction, et son approbation ne peut pas faire échec, par la suite, à un recours contentieux).

Il ne faut pas que l'administration puisse s'autoriser d'un contrat pour se soustraire au contrôle de la juridiction administrative.

B) *Principes de la gratuité des services publics.*

Nous avons dit, au début de cette étude (v. sup. chap. 1er), qu'il nous paraissait inadmissible que l'administration pût, en dehors de la loi et par une pression exercée sur les administrés, transformer certains services publics gratuits en services onéreux, alimentant le budget d'autres services publics.

C) *Principe de l'inaliénabilité de certaines prérogatives de l'administration.*

De même que les personnes privées possèdent certains droits individuels fondamentaux : vie, liberté, capacité de s'obliger, etc... qu'elles ne peuvent aliéner par contrat, l'État et les personnes de droit public possèdent certaines prérogatives non patrimoniales inaliénables. Ce sont les prérogatives de souveraineté, c'est-à-dire : 1° celles qui, *par leur nature même*, ne peuvent appartenir qu'à

la puissance souveraine, 2° celles qui, *par la volonté de la loi,* sont réservées en fait à la puissance publique, quoiqu'elles soient par leur nature des droits patrimoniaux. Quelle est la portée exacte de ce principe ?

Une théorie, à peu près généralement condamnée aujourd'hui, établissait une cloison étanche entre l'État, puissance publique, et l'État personne morale, cloison si étanche qu'elle conduisait à décider que les actes de puissance publique ne pourraient engager la personne morale (théorie de la non-responsabilité de l'État, à raison des actes d'autorité) et que les actes de la personne morale ne pourraient engager la puissance publique. Les auteurs reconnaissent maintenant, pour la plupart, que cette théorie est artificielle. Il n'y a qu'un État ; les droits patrominiaux de l'État, ses prérogatives de puissance publique, tendent au même but, sont exercées par les mêmes agents, et au nom du même pouvoir souverain.

La théorie qui opposait radicalement les actes de souveraineté aux actes patrimoniaux aboutissait logiquement à cette conclusion :

Les prérogatives de puissance publique ne peuvent pas, non seulement être aliénées, mais encore être liées, tant soit peu, par une convention. Ce serait contraire à l'essence même de ces droits.

Il semble que cette conception ait commandé et commande encore les solutions de la jurisprudence civile dans une matière voisine de la nôtre : les donations ou libéralités avec charges, faites aux établissements publics.

C'est ainsi que, avant même les lois sur la laïcité de l'enseignement primaire, la jurisprudence civile déclarait

nulles les donations faites aux communes sous condition d'entretenir une école congréganiste, parce que cette clause tendait à restreindre le droit, qu'avait l'autorité compétente, de nommer, en toute liberté, les instituteurs.

Plus récemment encore, la cour de cassation a déclaré nulle la charge grevant une libéralité faite à un hospice, parce que cette clause imposait à l'administration l'obligation de choisir les infirmières dans un ordre religieux déterminé (C. cas. 13 mai 1924 D. H. 1924 p. 598).

La jurisprudence a estimé que l'administration, par des actes de cette espèce, en restreignant quelque peu sa liberté, *aliénait* en partie des prérogatives inaliénables, en quoi elle violait la loi.

Quant à nous, nous estimons que ces solutions sont excessives et trop rigides.

Evidemment, lier un droit ou une prérogative par contrat, c'est bien l'aliéner en partie ; cependant, parce que l'individu n'a pas le droit d'aliéner sa liberté, lui déniera-t-on le droit de contracter, sous prétexte que « contracter » c'est aliéner en partie sa liberté ?

A notre sens, il faut distinguer.

Ce que l'administration n'a pas le droit de faire (sauf cependant en cas de nécessité absolue, par un traité de paix etc...), *c'est aliéner en bloc* ses prérogatives ou une de ses prérogatives essentielles; c'est même restreindre sa liberté au delà d'une certaine limite qu'il appartient aux juges de fixer, car cette limite peut varier suivant les circonstances ; ce que les autorités administratives ne peuvent pas faire, c'est lier un pouvoir dont elles ne

disposent pas, comme si le Conseil municipal s'engageait à ce que le maire prenne ou ne prenne pas un arrêté de police; c'est déléguer un pouvoir qui ne peut être exercé que par un représentant déterminé de la puissance publique, ou faire servir à un certain objet un pouvoir qu'elles ne détiennent que pour un autre objet ; par exemple, s'engager à faire servir le pouvoir de police à un but d'ordre financier, tel que celui d'assurer un monopole de fait à une entreprise.

Mais il nous parait contraire aux nécessités sociales, d'interdire radicalement à l'administration d'engager, si peu que ce soit, la puissance publique.

Il est certain, par exemple, qu'il peut être utile à l'État ou à une ville qui lance un emprunt, de s'engager à exempter d'impôt les titres émis, et le succès de l'opération sera d'autant mieux assuré que les intéressés sauront qu'il existe des sanctions juridiques pour garantir la parole de l'administration.

Si, par exemple, l'administration s'engage à faire exécuter un certain travail, et que ce travail *nécessite* une expropriation, va-t-on dire que cette convention est nulle parce qu'elle oblige l'administration à accomplir un acte de puissance publique ? Une telle thèse ne cadrerait plus avec les nouvelles conceptions de la responsabilité de la puissance publique.

En résumé, nous considérons que l'administration ne peut jamais — sauf en cas de nécessité absolue — par un traité de paix conclu dans les formes prévues par les lois constitutionnelles, aliéner ses prérogatives de puissance publique ; mais elle peut, parfois, légitimement s'engager, dans une certaine mesure, à accomplir un

acte déterminé de puissance publique, sous sanction de dommages-intérêts ou de révocation d'une libéralité, à condition que cet engagement ne viole pas la loi ou les droits privés (1).

---

(1) Cette théorie peut paraître, ou rétrograde ou révolutionnaire. Nous savons parfaitement qu'elle n'est, pour le moment du moins, ni celle de la jurisprudence, ni celle de la doctrine.

Cependant, qu'on veuille bien réfléchir aux considérations suivantes :

1° La responsabilité (et par conséquent la capacité) contractuelle repose sur le même fondement que la responsabilité délictuelle : *tromper la confiance de quelqu'un, c'est commettre une faute envers lui.*

Puisque, donc, la jurisprudence admet la responsabilité délictuelle *de la puissance publique*, il n'est pas monstrueux d'admettre sa responsabilité contractuelle.

2° Il serait particulièrement choquant que l'administration, puissance publique, pût abolir les engagements de l'administration, personne morale.

On nous objectera que la morale réprouve de telles pratiques, mais qu'elles sont « juridiquement » légitimes.

Nous répondrons que cette opinion procède d'une conception étroite et surannée de la loi et du droit. D'après cette conception, il n'y a ni droit, ni obligation sans texte, ni sanction. Nous répondrons que le droit est tout entier à base de morale, qu'il n'exprime, suivant la formule si heureuse de Montesquieu, que des rapports nécessaires dérivant de la nature des choses et que, pour discerner l'existence ou la valeur d'une règle de droit, il faut, avant tout, considérer l'action qu'elle exerce sur l'ordre des choses.

Le jour où la puissance publique législative ou exécutive s'arrogera le droit de détruire les engagements que l'administration, personne morale, aura contractés, le crédit de l'État aura vécu. Cette sanction de la « justice immanente » vaut bien une sanction juridique. Elle suffit, nous semble-t-il, à donner un caractère juridique à une règle d'ordre moral. (Remarquons que l'ordre des choses crée seul le droit international et le droit constitutionnel et que la seule réaction des faits les sanctionne).

Ainsi donc, puisque la puissance publique ne peut, sans grand dommage, détruire les engagements pris par l'administration, personne morale, il faut en conclure que la puissance publique est liée par les engagements pris au nom de l'État ; que tout contrat passé avec l'administration oblige, en principe, celle-ci *à ne pas accomplir les actes de puissance publique qui contreviendraient à ce contrat.*

Certes, puisque dans notre droit, les juges ne peuvent censurer les actes du législateur, les tribunaux ne peuvent imposer l'observation de cette règle au pouvoir législatif. Mais, lorsque c'est le pouvoir exécutif qui viole ce principe, il appartient aux juridictions compétentes, gar-

§ 2. — Étendue des obligations de l'administration

Nous avons dit, au début de cette étude, que le contrat de concours est généralement un contrat synallagmatique imparfait et nous avons dit quel sens nous attachons à cette expression. L'administration s'engage à employer le concours apporté à l'opération prévue par le contrat ; elle s'engage à l'employer conformément aux conditions stipulées ; mais elle peut toujours se dégager en abandonnant la subvention consentie.

Cette charge qui pèse sur l'administration est, nous l'avons dit, une obligation imparfaite ; nous n'hésitons pas à employer ce mot « obligation », *car il exprime une réalité.* Une obligation est une restriction à la liberté ; or il est certain que la charge, même potestative, qui grève une libéralité ou une offre de concours, restreint la liberté de celui sur qui elle pèse. Si une ville reçoit un don pour la construction d'un hôpital, l'administration gratifiée pourra bien *juridiquement*, une fois l'hôpital construit, affecter le bâtiment au logement de troupes ou à tout autre usage. Mais, comme il lui faudra se procurer des fonds, pour restituer la libéralité, elle ne sera plus aussi libre *en fait.*

Il se pourrait d'ailleurs que le contrat stipulât à la charge de l'administration, l'obligation stricte d'accomplir l'opération ; un souscripteur peut n'être pas dis-

---

diennes du droit, de le faire observer au même titre qu'une loi positive.

De même, nous avons suffisamment insisté sur les limites de la capacité contractuelle de l'administration pour qu'on ne nous accuse pas de professer une opinion trop révolutionnaire.

posé à immobiliser inutilement des capitaux, et l'administration peut, cependant, avoir besoin de ceux-ci. Il faut donc que le souscripteur volontaire ait une garantie sérieuse. De plus, le souscripteur peut avoir un intérêt tel à l'accomplissement de cette opération, qu'il exige un engagement ferme de la part de l'administration. Nous devons cependant constater que cet engagement de l'administration est extrêmement rare (v. cep. af. min. de la Guer. c. Comm. St-Hippolyte-le-Fort 21 juin 1911 Leb, p. 193). L'administration doit exécuter la convention de bonne foi ; il ne faut pas que la lettre du contrat soit une arme contre le souscripteur. Le conseil d'État a admis que si une commune a concouru à l'établissement d'un bureau de poste, en mettant comme condition à son engagement que les receveurs seraient présentés à l'administration des postes par la commune, l'État viole le contrat en refusant systématiquement d'agréer les candidats proposés par l'administration municipale (Conseil d'État 5 juillet 1911, S. 14, 3, 45, Céron).

Le souscripteur tient-il du contrat le droit de contrôler l'opération subventionnée ? Cela dépend, à notre avis, des conditions et de la forme du contrat ainsi que des moyens d'exécution. On devrait, semble-t-il, plus de garanties au souscripteur, si celui-ci s'était engagé pour la totalité ou une quote-part de la dépense, que s'il avait promis une somme forfaitaire ; il serait, en effet, plus directement intéressé à la bonne exécution de l'opération, si l'exécution de l'opération était confiée à des ingénieurs de l'État, que si elle dépendait d'agents locaux. Mais la jurisprudence nous semblerait faire fausse route en refusant systématiquement aux souscripteurs un

droit de regard sur l'exécution des opérations qu'ils subventionnent ; ce serait décourager les concours. Il faut ensuite considérer que le contrôle des particuliers, intéressés à la bonne exécution d'une opération administrative, constitue une excellente garantie pour l'intérêt public (1). La dignité de l'administration ne doit pas plus en souffrir d'ailleurs que la dignité de la justice ne peut souffrir de la publicité des audiences.

En quoi doit consister ce contrôle ?

Il nous semble, s'il s'agit, par exemple, de travaux publics, que l'administration devrait communiquer aux souscripteurs les plans et projets, le devis estimatif et les justifications relatives à la marche des travaux.

§ 3. — Sanctions en cas d'inexécution

Si l'administration n'exécute pas ses engagements, le souscripteur pourrait s'adresser au juge du contrat.

Quelles sanctions pourrait prononcer celui-ci ?

Il y a trois sortes de sanctions prévues dans le cas envisagé :

1° La résolution du contrat.

2° Les dommages-intérêts.

3° L'exécution forcée.

1° En règle générale, le juge doit, sur la demande du

(1) D'ailleurs, l'article 8 de la loi du 2 août 1923, sur les services d'automobiles, spécifie expressément : « Les entreprises subventionnées dans les conditions ci-dessus seront soumises au contrôle de l'Administration. L'entrepreneur devra tenir une comptabilité spéciale détaillée de toutes les recettes et dépenses de son entreprise, comptabilité qui sera arrêtée en totaux à la fin de chaque année et devra être communiquée aux fonctionnaires du contrôle toutes les fois qu'ils en feront la demande, ainsi que toutes les pièces justificatives à l'appui. »

souscripteur, prononcer la résolution du contrat, en cas d'inexécution totale des obligations de l'administration. Si les charges de l'administration n'ont été exécutées que partiellement, le juge a tous pouvoirs pour apprécier s'il convient, ou non, de résoudre le contrat (Jurisprudence constante) ; il lui appartiendra d'examiner si le souscripteur, prévoyant les manquements de l'administration, n'aurait pas renoncé à contracter (v. art. 1184 et 953 du C. C.).

Si une offre de concours gratuite a été faite à l'administration, sous une condition possible et licite, au moment de la donation, et qu'elle soit devenue illicite par la suite, il n'y a pas lieu, en vertu de l'article 900 du Code civil, de la considérer comme non écrite, mais le tribunal pourra prononcer la révocation pour inexécution, en vertu de l'article 953 du Code civil. Bien plus, si cette condition ou charge est la cause du contrat, cette résolution doit, à notre sens, s'opérer de plein droit (en vertu de l'art. 1131 du C. C.) ; mais il peut y avoir lieu à un règlement de compte si le contrat a eu effet dans le passé (V. Colin et Capitant droit civ. 1915 t. 3 p. 642). Cette solution s'impose en justice.

La question s'est posée principalement, à propos des donations faites aux communes en vue de la fondation d'établissements congréganistes. Les lois qui sont venues postérieurement à ces libéralités, dissoudre les congrégations, doivent-elles entraîner la révocation de ces libéralités ? Certaines juridictions ont cru pouvoir, en vertu de l'article 900, répondre négativement. Cette solution est doublement vicieuse ; tout d'abord, elle part d'une mauvaise interprétation de l'article 900 du

Code civil, qui vise les libéralités illicites ou impossibles au *moment de la conclusion de la convention,* et non pas celles qui le deviennent par la suite. Ensuite, elle porte gravement atteinte au principe de l'autonomie de la volonté ; il est extrêmement vraisemblable que si une personne a imposé, par exemple, comme condition à une donation en faveur d'une école, la confessionnalité du personnel enseignant, c'est qu'elle n'eût pas donné, en prévoyant que sa subvention irait à une école laïque (1).

Qu'on ne dise pas que la charge étant imposée au profit du donataire, cette charge avait la valeur d'un simple conseil. Dans certains cas, la jurisprudence a pu déduire des circonstances la nature facultative des charges stipulées dans l'intérêt du donataire; mais il ne faudrait pas ériger cette solution en principe; il s'agit de savoir, nous l'avons dit au début de cette étude, si le donateur a cherché à *enrichir* le donataire ou s'il a voulu *le déterminer à faire un acte,* même si cet acte est stipulé dans l'intérêt de celui qui doit l'accomplir.

Il s'agit aussi de savoir si le donateur aurait donné, s'il avait pu prévoir l'inexécution des charges (Voir Paris, 3 juill. 1890, S. 91, 2, 74, Req. 29 nov. 1892, D. P. 93. 1, 67, S., 93, I, 32 ; Civ., 19 oct. 1896, D. P., 98, I, 604, S., 98, I, 350, V. Colin et Capitant 1915, tome 3 p. 648).

Si un père donne à ses enfants une somme d'argent

---

(1) La question s'est posée également pour les libéralités faites aux établissements du culte, dissous par la loi de séparation, lorsque ces libéralités étaient grevées d'une charge pieuse que les établissements publics attributaires ne pouvaient plus remplir. L'article 9 § 3 de la loi de Séparation donne aux auteurs et aux héritiers en ligne directe, et à eux seuls, le droit de demander la révocation de ces libéralités.

à charge d'acheter une maison, il est évident qu'il cherche avant tout, à enrichir son fils. Aussi, est-il équitable et normal, si le donataire, par suite d'une circonstance imprévue, ne peut acheter cette maison, de maintenir néanmoins la donation.

Mais, si un particulier donne une certaine somme à l'administration, pour qu'elle entreprenne la construction d'un hôpital, il est certain que le but du donateur est, non pas d'enrichir l'administration, mais d'obtenir l'exécution de cette opération ; il serait alors contraire à la justice et à la volonté des parties, de maintenir la libéralité, en cas d'inexécution de cette obligation.

Il va de soi que, lorsque le contrat laisse à l'administration la liberté de se dégager, sa seule volonté opère la résolution du contrat sans qu'elle ait besoin de la demander aux juges.

2° Le juge peut, en outre, allouer des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution des obligations ou charges de l'administration, si ce retard ou cette inexécution sont dus à la faute de l'administration ; si, par conséquent, ils ne proviennent pas d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1147 du C. C.) et si l'administration a été préalablement mise en demeure, ou si elle devait exécuter ses obligations sans mise en demeure préalable (art. 1146 du C. C.).

Comment calculer l'indemnité due aux souscripteurs ?

A) Si une clause pénale a été insérée au contrat, le juge est tenu de l'appliquer, purement et simplement, sans pouvoir l'augmenter ni la diminuer (art. 1152 du Code civ.).

B) Si rien n'a été convenu, il faut distinguer :

a) Si le contrat ne laisse pas à l'administration la faculté de se dégager, les dommages et intérêts dus par l'administration sont de la perte subie par le souscripteur et du gain non réalisé (art. 1149 du C. C.).

Les dommages et intérêts dus pour la perte subie, doivent, nous semble-t-il, être calculés de la manière que nous indiquerons plus loin (V. *infra b*).

Le gain non réalisé, c'est l'avantage immédiat que le souscripteur pouvait attendre de l'opération ; en présence d'une offre de concours, consistant dans la cession gratuite de terrains, sous réserve de la construction d'un mur de soutènement par les communes intéressées, le conseil d'État a décidé que celles-ci, n'ayant pas construit ce mur, le souscripteur avait droit à une indemnité égale à la somme nécessaire pour effectuer cette construction (départ. de l'Aveyron, 20 juin 1910, Leb. p. 593).

Le conseil d'État, dans un procès intenté par le ministre de la guerre à la ville de Saint-Hippolyte-Lefort, a décidé qu'en vertu d'un contrat de concours, l'État avait le droit de diriger les eaux vannes, provenant d'une école d'enfants de troupe, dans les égouts communaux, par le trajet le plus court, à condition de prendre à sa charge les dépenses de canalisation supplémentaires. La commune ayant refusé d'adopter une des solutions qui lui étaient proposées en vue de réaliser l'engagement, le conseil d'État a décidé qu'il y avait lieu de lui accorder un délai, passé lequel, à défaut d'entente intervenue entre elle et l'administration, il appartiendrait à l'État de poursuivre devant le conseil de préfecture l'exécution

du contrat, avec toutes ses conséquences de droit (voir Cons. d'Ét., 21 juin 1911, Leb., p. 693). Le conseil de préfecture, à la suite d'un tel arrêt, et à défaut de convention amiable, aurait certainement pu mettre à la charge des communes les frais d'exécution de l'opération, rendue nécessaire par l'inexécution du contrat de concours.

Mais le gain non réalisé ne peut faire l'objet de dommages et intérêts que s'il devait être une suite immédiate et directe de l'opération inexécutée ; c'est au juge à apprécier ce qu'il faut entendre par « suite immédiate et directe » ; il devrait, nous semble-t-il, tenir compte, pour la fixation de l'indemnité, de la plus-value spéciale et immédiate que les travaux inexécutés eussent dû conférer aux immeubles du souscripteur, déduction faite de la portion que l'administration pouvait prétendre prélever à titre de contribution de plus-value.

b) Nous avons dit, qu'en règle générale, *le contrat de concours permet à l'administration de se dégager* de ses obligations en remboursant le souscripteur. Dans ce cas, les dommages et intérêts, dus pour inexécution, ne peuvent être que de la perte subie, c'est-à-dire qu'à défaut de résolution, le juge peut accorder au souscripteur une indemnité, représentant les dommages causés à celui-ci pour inexécution partielle ou totale ou pour retard dans l'exécution de l'opération. Ces dommages et intérêts doivent être calculés, d'après les sommes versées et inemployées, et d'après les intérêts qu'elles auraient dû rapporter, ou d'après la valeur des prestations fournies ou des immeubles cédés (en tenant compte des fruits ou produits périodiques).

Par exemple, je verse à l'administration une somme

pour l'établissement d'un chemin dont j'espère des avantages pour moi et ma propriété ; l'administration tarde plusieurs années avant d'exécuter ce travail, et cela sans raison qui puisse l'excuser ; pendant ce temps, j'ai perdu les intérêts de mon argent ; le juge doit donc, semble-t-il, en toute justice, m'allouer les intérêts de la somme versée, pendant la période de temps qui s'est écoulée entre la date qui aurait dû normalement être celle de l'exécution du contrat et la date de l'exécution effective.

En cas d'inexécution totale, il nous semblerait équitable d'allouer les intérêts des sommes inemployées, à partir de la date du versement, si le versement a eu lieu postérieurement au contrat, ou à partir de la date du contrat, si le versement de la subvention a été effectué antérieurement à la conclusion de la convention.

Ces solutions nous semblent absolument justes, parce que les sommes inemployées par l'administration à l'opération prévue au contrat, ont pû cependant servir à un usage lucratif pour l'administration. L'administration s'enrichirait injustement et sans cause si elle n'indemnisait pas le souscripteur de la privation de jouissance temporaire d'une somme d'argent à laquelle celui-ci avait droit.

3° Le juge peut-il obliger l'administration à exécuter son obligation ? On dit en général que le juge n'a pas le droit d'enjoindre à l'administration d'exécuter un acte. Cependant, il convient de préciser et de restreindre cette affirmation (cons. d'Ét. 27 novembre 1888 Leb. p. 875, cons. d'Ét. 16 juillet 1880 D. P. 82.3.10 notes et renvois) par les solutions suivantes :

A) *Si l'administration ne peut se dégager des obligations*

qu'elle a contractées, une distinction nous paraît s'imposer.

a) Il nous semble conforme à l'esprit de la loi de décider que si l'opération subventionnée est exécutée par l'administration, personne privée, le juge pourrait autoriser l'exécution aux frais de l'administration, en vertu de l'article 1144 du Code civil.

b) Si, au contraire, l'opération est accomplie pour la gestion des services publics, le juge ne pourrait qu'ordonner l'exécution par équivalent, conformément à l'article 1142 du Code civil.

B) *Si le contrat de concours n'est pas parfaitement synallagmatique*, le juge ne pourrait prononcer les sanctions dont nous venons de parler que sauf résolution pure et simple de la part de l'administration.

Le juge pourrait encore impartir à l'administration un délai pour exécuter son obligation, passé lequel le contrat serait déclaré résolu de plein droit (Cons. d'État 26 juin 1908, Adrian, S. 1910 3. 143, Leb. p. 707) et les dommages-intérêts seraient dus.

Le juge pourrait-il condamner l'administration à payer une astreinte ? Ce procédé, d'une légalité toujours douteuse, serait certainement irrégulier dans tous les cas où l'administration tient du contrat la faculté de se dégager, et dans tous ceux où elle contracte en tant que personne de droit public ; car cette sanction implique une injonction à l'égard du débiteur, et le juge n'a pas le droit de donner d'ordres à l'administration. Mais le juge pourrait allouer au souscripteur les intérêts moratoires représentant strictement le dommage subi par lui.

§ 3. — Transmission des obligations de l'administration

L'administration n'est pas toujours tenue d'exécuter elle-même l'opération qui lui est imposée par le contrat. Elle peut évidemment en confier l'exécution à un concessionnaire. Le souscripteur pourrait-il actionner directement celui-ci pour le contraindre à exécuter ses obligations ? Il nous semble que oui, parce que l'administration, en contractant avec un concessionnaire, stipule en faveur du souscripteur.

Appendice au Chapitre VI

Principe de la spécialité. — Il y a certainement lieu de faire une distinction entre les contrats de concours, qui imposent à l'administration une charge pécuniaire propre, et ceux qui couvrent complètement l'administration de tous les frais d'une opération.

Aux premiers, la règle de la spécialité s'applique avec beaucoup plus de rigueur.

Aux seconds, au contraire, la solution que nous avons donnée s'applique entièrement.

Les offres de concours ne sont nulles que si l'opération subventionnée est interdite par la loi, expressément ou implicitement, à l'administration subventionnée ; c'est-à-dire si l'opération était tellement éloignée des attributions normales de l'établissement subventionné qu'elle le détournerait complètement de sa mission.

Les fonds de concours font partie du « patrimoine d'alluvion » des établissements publics ; ils peuvent avoir une affectation différente de celle du reste du patrimoine.

CHAPITRE VII

Résiliation, Révocation, Réduction des offres de concours

---

§ 1. — Résiliation

La résiliation des contrats de concours peut résulter soit de l'accord mutuel des deux parties, soit de la volonté unilatérale de l'administration.

1° La résiliation, par accord des volontés, est possible tant que l'opération n'est pas commencée, et la somme promise non versée, et il suffit pour cela d'une décision régulière de l'autorité représentant l'administration bénéficiaire.

Si les sommes promises étaient encaissées, il faudrait avoir recours à la procédure de remise de débet.

Si le concours consistait en immeubles, et toujours au cas où l'opération n'aurait pas encore été exécutée, il y aurait lieu, nous semble-t-il, de décider par une interprétation large de l'article 60 de la loi du 3 mai 1841, que l'administration aurait le droit de consentir à la résilia-

tion du contrat et, par conséquent, à la restitution des terrains ou immeubles cédés, quoique cette nouvelle convention opère aliénation d'un bien domanial, départemental, ou communal, en dehors des conditions et des formes prévues et réglementées par la loi.

Si, au contraire, les opérations prévues au contrat ont été exécutées, il semble que l'administration ne pourrait plus consentir à l'abandon des sommes ou biens immobiliers qui ont fait l'objet de la subvention, que moyennant les mêmes formalités et décisions qui seraient nécessaires pour la conclusion d'un nouveau contrat.

2° Nous avons dit, qu'en général, et sauf stipulation contraire, l'administration est libre de résilier par sa seule volonté le contrat de concours ; elle ne pourrait le faire que dans les conditions et suivant les formes que nous venons d'exposer.

§ 2. — Révocation pour cause de survenance d'enfant Réduction pour atteinte à la réserve

Les offres de concours gratuites sont-elles soumises aux règles protégeant les familles contre l'abus des libéralités, c'est-à-dire la réduction pour atteinte à la réserve et la révocation pour cause de survenance d'enfant ? Il ne peut y avoir de doute ; aucune convention particulière ne peut déroger à ces règles qui sont d'ordre public ; aucun texte de loi ne permet de le faire.

De plus, l'administration supérieure chargée d'autoriser les donations a le droit de les réduire, même lorsqu'elles ne portent pas atteinte à la réserve légale. Mais, d'autre part, sa décision ne peut évidemment paralyser

une action postérieure et régulière des héritiers intéressés.

Suffit-il qu'une offre de concours soit gratuite — au sens large que nous avons attaché à ce terme au début de cette étude — pour qu'elle soit révocable, pour cause de survenance d'enfant, et réductible pour atteinte à la réserve ?

Il convient de formuler les observations suivantes :

1° Ainsi que nous l'avons dit plus haut, lorsque le souscripteur a imposé à l'administration une condition telle que la révocation ou la réduction de la libéralité infligerait à l'administration un dommage dont l'importance dépasserait celle de la libéralité, de telle sorte qu'il aurait mieux valu pour l'administration ne pas accepter la libéralité réduite ou révoquée, la somme à reverser par l'administration peut, à notre avis, être en tout ou en partie compensée par l'indemnité mise à la charge de l'offrant fautif, si toutefois l'administration n'a pu prévoir la réduction ou la révocation.

2° Si un immeuble, après avoir fait l'objet d'une donation révocable ou réductible, avait été incorporé au domaine public, il est bien évident qu'il ne serait pas restituable en nature, mais par équivalent.

3° Il nous semble qu'une offre de concours ne peut être soumise à la réduction pour atteinte à la réserve, ou à la révocation, pour cause de survenance d'enfant, que si elle a été consentie en argent ou en terrains. Une offre de concours, absolument désintéressée, ne peut faire l'objet d'une réduction ou d'une révocation, si elle consiste dans un travail ou un service alors même que ceux-ci auraient une valeur économique certaine.

4° Une offre de concours ne serait ni révocable ni

réductible, si elle constituait l'acquittement d'une obligation naturelle.

La théorie des obligations naturelles est encore très incertaine et ni la jurisprudence ni la doctrine ne semblent avoir abouti à une formule précise.

La jurisprudence a paru admettre, d'une manière incidente d'ailleurs, l'existence d'une obligation naturelle, dans un cas fort intéressant ; il s'agissait d'un contrat de souscription qui n'était pas qualifié « offre de concours », mais qui semble rentrer dans la définition large que nous avons donnée dès les premières lignes de cette thèse.

Au début de la guerre, un conseiller municipal de Nancy, industriel, retenu loin de cette ville par la maladie de sa femme, avait télégraphié à la municipalité qu'il était empêché de rejoindre la ville menacée, mais qu'il mettait à sa disposition une somme à distribuer aux femmes de soldats mobilisés. Plus tard, il tenta de se dégager de son obligation en opposant, entre autres moyens, l'absence de formes authentiques ; la cour de Nancy repoussa ses prétentions. Un des considérants vaut la peine d'être retenu ; il semble sous-entendu qu'en dehors des obligations contractées légalement, il y avait une véritable obligation naturelle à la charge du souscripteur.

« Attendu que B... a trouvé un équivalent de son engagement dans les avantages que lui procurait la ville en avançant les fonds qu'il avait promis mais que la Société Générale, à laquelle il avait donné mandat, avait refusé de verser, en mettant à sa disposition son organisation, ses bureaux, ses agents, pour la distribution des

fonds aux bénéficiaires, *en publiant de la façon la plus flatteuse sa libéralité et en lui rendant ainsi l'opinion publique plus indulgente pour son éloignement de Nancy dans des circonstances critiques...* » (Nancy D. 1920.2.65).

5° Une offre de concours n'est pas réductible ni révocable, si elle consiste dans une somme de minime importance ; en effet, il y a tout lieu de penser que, dans ce cas, la souscription représente à peu près la part que le souscripteur retire personnellement de l'avantage que l'opération administrative entreprise constitue pour la collectivité.

D'ailleurs, la jurisprudence n'assimile jamais les libéralités minimes aux véritables donations ; elles constituent une sorte de devoir social largement compensé par des avantages équivalents ; elles seraient, au surplus, particulièrement difficiles à recouvrer.

6° Une offre de concours, *même gratuite* dans son principe, ne devrait pas, à notre avis, être réductible ou révocable, si le souscripteur en avait retiré, en fait, des avantages équivalents. Par exemple, un commerçant souscrit une somme de 10.000 francs pour la construction d'un hospice ; cet hospice devient son client et lui procure un bénéfice supplémentaire de 1.000 francs par an ; il n'y aurait, à notre avis, pas lieu à réduction, quoique le contrat ait été gratuit dans son principe.

7° Enfin, à notre sens, la souscription libérale n'est révocable ou réductible à l'encontre de l'administration, que si celle-ci, ou la collectivité qu'elle représente, en a profité à titre de bénéficiaire principal. Si l'administration a servi d'intermédiaire entre un donateur et des personnes nettement distinctes de la collectivité, c'est

entre les mains des gratifiés définitifs que doit être révoquée ou réduite la libéralité. Par exemple, une ville reçoit une somme pour la répartir entre les hôpitaux ; si la somme est ensuite réductible ou révocable, c'est à l'encontre de ces établissements. Mais, les circonstances peuvent commander une solution différente ; prenons l'exemple déjà donné (celui du conseiller municipal de Nancy) ; supposons que la donation faite par lui aux familles nécessiteuses ait été réductible ou révocable ; il eût été inadmissible de faire subir aux gratifiés cette réduction ou cette révocation, et cela, pour les raisons suivantes :

Tout d'abord, la ville avait à l'égard des personnes secourues, des obligations naturelles ; ensuite, les bénéficiaires ne recevaient un réel avantage que s'il était garanti définitif, et la ville prenait l'engagement implicite de leur assurer la propriété définitive des allocations ; enfin, le conseiller municipal donateur n'avait versé qu'une quote-part dans les allocations distribuées effectivement ; il eut été bien difficile de réduire chacune d'elles dans la proportion de la donation révoquée ou réduite. Par conséquent, dans certains cas, la donation doit être révocable ou réductible entre les mains de l'administration qui sert d'intermédiaire.

En règle générale, l'administration agira sagement en n'acceptant que des souscriptions minimes ou sûrement intéressées.

Il serait à désirer qu'une disposition législative vînt fixer un chiffre au-dessous duquel les donations ne seraient jamais ni réductibles ni révocables.

CHAPITRE VIII

Contentieux des offres de concours

Quelles sont les juridictions compétentes pour statuer sur les contestations qui s'élèvent à propos de la validité, de l'interprétation ou de l'exécution des contrats de concours ?

Les principes qui président à la répartition des attributions entre les juridictions civiles et les juridictions administratives sont très complexes et ne sont pas encore bien précisés ; ils s'établissent peu à peu, par tâtonnements ; c'est pourquoi, les règles que nous allons formuler au sujet de la compétence en matière d'offres de concours pourront ne pas cadrer avec certaines décisions jurisprudentielles.

Préalablement, il nous paraît opportun de rappeler le grand principe qui domine la répartition des contentieux ; nous le résumerons ainsi :

A moins qu'il y ait voie de fait caractérisée, et en dehors de certaines hypothèses exceptionnelles pré-

vues par la loi, on peut dire que, en règle générale, le juge administratif est compétent chaque fois qu'il s'agit : 1° de constater que l'administration a le droit ou le devoir d'accomplir un acte essentiellement administratif, ou de l'accomplir dans certaines conditions ; 2° de tirer de ces constatations les conséquences de droit, sauf en ce qui concerne les indemnités à allouer en raison des emprises totales et définitives de l'administration sur la propriété privée.

Nous entendons par acte essentiellement administratif, tout acte qui tend directement ou nécessairement à l'organisation ou au fonctionnement d'un sercice public essentiel (nous dirons tout à l'heure ce que nous entendons par service public essentiel) (1), ou encore, tout acte du genre de ceux que l'administration seule peut accomplir en vertu de ses prérogatives exorbitantes du droit commun, ou certains actes qui par détermination de la loi ou de la jurisprudence, sont considérés comme essentiellement administratifs, par exemple les travaux publics. La jurisprudence administrative est donc compétente, en principe, pour interpréter la portée des contrats de concours et en apprécier la validité,

---

(1) D'après l'arrêt « Société des Granits » (Cons. d'Etat 31 juil. 1913, Leb., p. 913) et les conclusions du commissaire du Gouvernement Blum, pour que le Conseil de Préfecture soit compétent dans l'interprétation d'un marché, il faut que le contrat associe, dans une certaine mesure, celui qui contracte avec l'administration, à la gestion du service public. En réalité, cette formule est une application du principe que nous avons énoncé : lorsqu'un contrat associe un particulier à la gestion d'un service, il lui donne *un certain droit* d'exiger que telle opération administrative soit exécutée ou qu'elle le soit dans certaines conditions, ce qui justifie la compétence administrative (v. aff. Terrier, Cons. d'Etat 6 fév. 1910, S. 1903, 3, 25 ; aff. Thérond, Cons. d'Etat 4 mars 1910, S. 1911, 3, 17 n. Hauriou conc. Pichat).

chaque fois du moins, qu'ils mettent à la charge de l'administration l'obligation d'accomplir un acte essentiellement administratif ou de l'accomplir dans certaines conditions. En effet, dans ce cas, interpréter le contrat et en apprécier la validité implique constatation du droit ou du devoir pour l'administration de faire ou de ne pas faire un acte essentiellement administratif.

Ce principe une fois posé, il convient d'examiner un certain nombre d'hypothèses :

§ 1. — Le concours est promis en vue d'une opération de travaux publics

En vertu d'une interprétation large et traditionnelle de l'article 4 de la loi du 28 pluviose an VIII, les conseils de préfecture sont compétents — sauf la compétence exceptionnelle du conseil d'État en matière d'excès de pouvoir — , pour juger des affaires contentieuses qui naissent à propos des actes et des conséquences qui se rattachent directement et nécessairement aux opérations de travaux publics. En conséquence de ce principe, la jurisprudence a admis, depuis 1839 (cons. d'Ét. 20 av. 1839), la compétence des conseils de préfecture du lieu des travaux, en matière d'offres de concours pour travaux publics (Confl. 16 mai 1874, Dubois C. Ét. 1er juin 1890, n. Hauriou, S., 92, 3, 45, Cass. 20 avr. 1830, Robelin), et, comme elle a donné une très grande extension à la notion de travaux publics, elle admet la compétence du conseil de préfecture, même lorsque l'opération à exécuter ne comporte qu'un élément de travail public si minime soit-il. C'est ainsi que les contestations rela-

tives aux contrats passés pour l'établissement d'un bureau de poste sont de la compétence du conseil de préfecture (v. cons. d'Ét. 5 janv. 1911, com. de Céron, S, 14, 3, 45).

L'application de ce principe semble n'avoir soulevé, en pratique, aucune difficulté, lorsque les concours consistaient en argent ou en services.

Au contraire, une controverse a, pendant un certain temps, divisé la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative au sujet de la compétence en matière d'offres de concours en immeubles.

On a prétendu que les Tribunaux ordinaires étaient compétents, en leur qualité de gardiens de la propriété immobilière (v. concl. du Com. du Gouv. Robert sous C. Ét. 5 mars 1864, D.P. 65,3,33. Le Conseil d'État n'a pas consacré la thèse soutenue par le commissaire de gouvernement). Cette thèse a été finalement rejetée par le tribunal des conflits (C. Ét. 27 mai 1776, de Chargère, C. Ét., 30 juillet 1887 Guillaumin, C. Ét., 11 janvier 1890, Veil).

Cette solution est conforme aux principes généraux : Les tribunaux judiciaires sont compétents pour fixer les indemnités dues par l'administration, en raison des emprises de celle-ci sur la propriété privée ; *mais non pas, pour en apprécier la régularité et interpréter la portée des actes administratifs qui peuvent justifier cette emprise.*

C'est ainsi que le tribunal chargé de prononcer l'expropriation pour cause d'utilité publique, est compétent seulement pour constater l'existence matérielle des formalités administratives qui commandent l'expropriation, mais non pour en apprécier la validité.

Donc, c'est à bon droit que la jurisprudence admet la compétence administrative en matière d'offres de concours en immeubles.

Cependant, il convient d'observer, en vertu des mêmes principes :

1° Si le conseil de préfecture a constaté la nullité du contrat dont l'exécution avait entraîné une emprise totale et définitive sur une propriété immobilière, c'est à la juridiction ordinaire qu'il appartient d'allouer l'indemnité due pour ce dommage.

2° Si le contrat de concours est tellement irrégulier qu'il peut être considéré comme juridiquement inexistant, les actes que l'administration peut accomplir, en s'en autorisant, constituent de véritables voies de fait, dont le contentieux appartient au juge ordinaire.

La situation est toute différente lorsque le contrat de concours intervient après une décision déclarant l'utilité publique des travaux qui nécessitent l'expropriation des immeubles ou terrains offerts, c'est-à-dire lorsqu'il y a cession amiable. Dans ce cas, la compétence judiciaire est admise par la jurisprudence (C. Ét. 24 juin 1911, Epoux Bellec, S. 1914, 3, 31); elle est justifiée par trois considérations :

1° Le contrat de cession amiable n'ajoute — du moins en général — aux obligations et aux droits préexistants de l'administration que des éléments accessoires ; c'est la déclaration d'utilité publique qui confère à l'administration le droit d'exécuter les travaux et d'exproprier ; le contrat de concours ne peut modifier sensiblement les projets primitifs. Par conséquent, si une difficulté s'élève au sujet du contrat de concours, il s'agira beau-

coup moins de savoir si l'administration a, avait ou aura, le droit ou l'obligation d'exécuter des travaux, que de déterminer si le souscripteur a valablement renoncé à l'indemnité, ou s'il y a perdu tous droits. Il se peut, évidemment, que le juge soit amené à examiner, accessoirement, si l'administration a rempli ses obligations ; mais, en vertu du principe : « accessorium sequitur principale », et pour les motifs que nous allons exposer, cette appréciation elle-même doit appartenir au juge civil.

2° Le contrat de cession amiable opère à la place d'un jugement d'expropriation qui devait être prononcé par l'autorité judiciaire ; il est donc normal que le contentieux de cet acte appartienne à la juridiction civile.

3° Enfin, le contrat de cession amiable a pour but de remplacer une indemnité que devait allouer une juridiction judiciaire (jury d'expropriation), par des avantages d'un autre ordre. Il est, par conséquent, logique de reconnaître aux juridictions ordinaires le droit de connaître de cette convention et d'accorder les indemnités dues en cas d'inexécution.

Ainsi, il nous paraît que la jurisprudence, relative au contrat de cession amiable, cadre avec les principes généraux.

Cependant, nous estimons que le conseil de préfecture reprendrait tous ses droits :

1° Si l'offre de concours, quoique postérieure à la déclaration d'utilité publique, avait entraîné un remaniement complet des projets primitifs de l'administration.

2° Si la cession amiable ne constituait qu'une clause accessoire d'un contrat de concours en argent, en ser-

vices, ou en immeubles non compris dans les terrains dont l'expropriation a été déclarée d'utilité publique.

Réciproquement, nous sommes d'avis que les tribunaux ordinaires seraient compétents si la valeur de l'immeuble expropriable en vertu d'une déclaration d'utilité publique, objet d'une cession amiable, était supérieure à celle des autres prestations accordées en vue des mêmes travaux.

§ 2. — Offres de concours en vue d'opérations de service public ne comportant aucun élément de travail public. — Compétence du Conseil d'État.

Lorsque le contrat de concours se rattache à l'exécution d'une opération qui ne comporte aucun élément de travail public, mais qui tend néanmoins, *directement et nécessairement*, à l'organisation ou à l'exécution des services publics essentiels, il convient d'admettre la compétence du Conseil d'Etat (Thérond S., 11. 3. 17) (1).

---

(1) Qu'est-ce qu'un service public essentiel ? Nous admettrions volontiers la formule suivante : seraient services publics essentiels, les services monopolisés, en fait ou en droit, par l'Administration.

Mais ce n'est pas la théorie de la jurisprudence qui a admis dans l'affaire Terrier (Cons. d'Etat 6 déc. 1903) la compétence administrative pour connaître de la validité, de l'interprétation et de l'exécution d'un contrat se rattachant à l'exécution d'un service dont l'Administration ne pouvait prétendre avoir le monopole, puisqu'il s'agissait de la destruction des vipères.

Le Commissaire du Gouvernement Matter, dans l'affaire « Colonies de la Côte d'Ivoire » contre « Société Ouest-Africain » (trib. des conf., 22 janv. 1921, D. P. 1921, 3, 1, conc. Matter) a donné cette formule ; « Certains services sont de la nature de l'essence même de l'Etat ou de l'Administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantissent le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres besoins, au contraire, sont de nature privée, et, s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement ou accidentellement, parce que nul particulier ne s'en

Les juridictions administratives sont-elles compétentes, même si l'offre de concours est gratuite ? La question ne semble pas avoir été tranchée jusqu'ici avec netteté par la jurisprudence ; le conseil d'État paraît admettre la compétence administrative (v. cons. d'Ét. 22 juin 1877 D.P. 77, 3, 86) ; la juridiction civile, au contraire, revendique, en général, la connaissance des contrats à titre gratuit. M. Guillois, dans une note sous un arrêt de cassation, (D.P., 1912, I, 289) met en relief l'erreur de la jurisprudence civile ; ce n'est pas la nature juridique d'un acte qui détermine la compétence de la juridiction appelée à en connaître, c'est son but. Suivant une conception prônée par MM. Lafferrière, Jacquelin et Berthélemy, on aurait pu laisser aux tribunaux ordinaires la connaissance de tous les actes de gestion. La jurisprudence n'a pas adopté cette manière de voir ; elle a étendu très largement la compétence des tribunaux administratifs. On admet aujourd'hui que tout acte de puissance publique, tout acte de gestion publique, tout contrat, dès l'instant qu'il associe un

---

est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général. Les contestations, que soulève leur exploitation, ressortent naturellement de la juridiction de droit commun ».

Mais quel criterium précis permettra de distinguer les deux catégories de services ? Le Commissaire du Gouvernement repousse la distinction entre les entreprises non monopolisées et les entreprises monopolisées ; cette distinction a le défaut de ne pas cadrer avec certaines décisions antérieures, comme les décisions Feutry ou Terrier ; mais, à notre sens, elle a l'extrême avantage d'être claire. M. Matter prétend que le service d'assistance aux aliénés est un service essentiel à l'Etat ; cela n'est pas évident ; tout dépend de la conception que l'on se fait du rôle de l'Etat. La distinction entre les services essentiels et non essentiels doit se faire d'après un principe clair, sans quoi, les procès risquent, dans bien des cas, de se compliquer par des conflits nuisibles aux intérêts des justiciables ; si le tribunal des conflits reconnaît qu'il a été trop loin, il peut se reprendre, puisque sa jurisprudence antérieure ne le lie pas.

particulier à la gestion d'un service essentiel, relève des tribunaux administratifs. Il faut aller jusqu'au bout de cette doctrine ; un contrat de concours, même gratuit, dès l'instant qu'il confère à un particulier un certain droit à exiger l'exécution ou l'inexécution dans certaines conditions d'une opération de service public essentiel, associe, dans une certaine mesure, le souscripteur à la gestion des services publics. Son contentieux relève donc, normalement et logiquement, en l'absence de texte, de la juridiction administrative ; cependant, sous la réserve suivante : c'est à la juridiction civile qu'il appartient de décider si les libéralités de ce genre sont révocables ou réductibles, pour atteinte à la réserve, ou pour cause de survenance d'enfant ; de pareils litiges ne nécessitent aucun jugement sur la gestion publique de l'administration ; il n'y a donc aucune raison de les soustraire à la compétence des juges de droit commun.

§ 3. — Compétence en matière de legs

Quel juge serait compétent pour dire si a été accomplie la charge dont est grevé un legs fait à un établissement public, si cette charge est la cause impulsive et déterminante qui a conduit le testateur à faire cette libéralité et si elle consiste, d'autre part, dans l'exécution d'un acte essentiellement administratif ?

Nous n'avons pas à discuter en détail cette question, puisqu'elle ne rentre pas directement dans le cadre de notre étude ; cependant, il nous semble que les principes aujourd'hui admis et que nous venons de rappeler, commandent la compétence administrative. Cette solution

peut paraître choquante à première vue, presque révolutionnaire ; elle est néanmoins la conclusion logique de prémisses acceptées.

§ 4. — Compétences des juridictions ordinaires

Il faut admettre, par contre, la compétence des juridictions ordinaires pour interpréter la portée et apprécier la validité des contrats de subvention passés en vue de l'exécution d'opérations tendant à la gestion du domaine privé des personnes publiques ou à l'organisation et à l'exécution d'un service public non essentiel, si, du moins, l'exécution de ce contrat n'oblige pas l'administration à accomplir certains actes qui rentrent dans ses prérogatives régaliennes (expropriation pour cause d'utilité publique etc.). Dans ces cas, l'administration agit en tant que personne privée ou à l'instar d'un simple particulier, en se plaçant sur le terrain de la libre concurrence. De même, les contrats de concours passés en vue de l'exécution d'un service public dépendant de l'autorité judiciaire, sont de la compétence des tribunaux judiciaires (comp. conflit 22 janv. 1921 S. 21, 3, 41 n. Hauriou) (1).

§ 5. — Exemples

Une difficulté se produit à propos d'une offre de concours souscrite en vue de la construction d'une route. La juridiction compétente est le conseil de préfecture,

(1) Les contrats passés en vue de l'organisation de ces services ressortiraient, par contre, de la compétence administrative.

car le procès s'élève à propos d'un acte se rattachant nécessairement et directement à l'exécution d'un service essentiel, celui de la voirie, et comportant un élément de travail public.

Un différend se produit à l'occasion d'un contrat de concours, en vue du renforcement d'un service de police administrative. Le conseil d'État sera compétent pour le trancher, car il s'agit d'un contrat se rattachant à l'organisation d'un service essentiel et dont le monopole de fait ne peut appartenir qu'à l'administration, parce qu'il ne peut fonctionner sans délégation de la puissance publique.

Un particulier a souscrit une somme en vue de la création d'une chaire dans une faculté ; nous admettons ici volontiers que les tribunaux judiciaires sont compétents pour interpréter la portée et apprécier la validité de cet acte qui se rattache à l'exécution d'un service non monopolisé ; mais en l'état actuel de la jurisprudence, il n'est pas douteux que le Conseil d'État serait compétent.

Une autre personne a souscrit une offre de concours en vue de la construction d'une école. Le conseil de préfecture serait compétent pour juger les difficultés qui s'élèveraient au sujet de cette convention, relative à l'exécution d'un service non monopolisé, mais qui nécessite un travail public.

Le propriétaire d'une forêt a promis de subvenir, pour une quote-part, à l'établissement et à l'entretien d'un chemin servant à l'exploitation d'une forêt domaniale limitrophe de la sienne, à condition de pouvoir se servir personnellement du dit chemin. Les difficultés

qui peuvent s'élever au sujet de ce contrat sont, sans aucun doute, de la compétence des tribunaux ordinaires, car cette convention se rattache à la gestion du domaine privé de l'État.

§ 6. — Analogies

La compétence administrative n'est justifiée que pour les offres de concours proprement dites. Si la cause des obligations du souscripteur ne consistait pas dans l'exécution d'une opération administrative, mais dans un avantage d'ordre privé fait par l'administration au souscripteur, la juridiction ordinaire serait compétente.

La raison en est facile à saisir. Ce contrat ne confère pas au souscripteur le droit de faire la moindre pression sur l'administration pour la forcer à exécuter une opération administrative; tout ce que le souscripteur peut exiger, c'est l'accomplissement d'un acte non administratif ; par conséquent, le juge du contrat n'a pas, dans ce cas, à se prononcer sur le point de savoir si l'administration a, avait ou aura, le droit ou le devoir d'accomplir une opération administrative. Donc, le contentieux du contrat doit appartenir à la juridiction ordinaire.

Exemple : la cour de Cassation a décidé que la convention passée entre une commune et le propriétaire d'un terrain où jaillit une source appartenant à la commune, — convention qui a pour objet les arrangements relatifs aux travaux (fouilles, recherches, ouvrages etc...) à exécuter dans ledit terrain pour améliorer la source, et qui stipulent, en échange, que le propriétaire pourra

prendre de l'eau de source pour l'usage exclusif de son habitation, — ne contient pas une offre de concours à des travaux publics. La concession d'eau est faite au propriétaire du terrain, afin de l'indemniser des travaux de réfection mis à sa charge ; elle constitue ainsi un contrat de droit commun et les contestations auxquelles ces contrats donnent lieu sont de la compétence des tribunaux judiciaires (cas. civ. 3 janv. 1905 S. 1905, I, 33). Cette solution est pleinement justifiée par les principes que nous avons placés en tête de ce chapitre. L'administration ne s'étant pas engagée à exécuter les travaux, mais seulement à laisser le propriétaire du terrain puiser de l'eau à la source, il n'appartient pas aux juges de dire que l'administration avait le droit ou l'obligation de faire, ou de ne pas faire, un acte essentiellement administratif, mais seulement de constater si les contractants avaient reçu satisfaction. Supposons, au contraire, que les travaux aient été accomplis sur l'initiative du propriétaire du terrain, cette circonstance commanderait d'admettre que l'administration s'est engagée, du moins dans une certaine mesure, à exécuter lesdits travaux. Il aurait fallu admettre la compétence administrative.

La juridiction administrative serait compétente, en vertu des principes que nous venons d'exposer, pour juger les litiges relatifs à l'interprétation, à l'appréciation de validité et à l'exécution des contrats de concours, chaque fois que la cause des obligations du souscripteur est une opération essentiellement administrative, même si un avantage accessoire, d'ordre privé, lui était fait. La juridiction ordinaire serait compétente si la

cause des obligations du souscripteur était un avantage d'ordre privé, même si l'exécution de l'opération administrative était condition résolutoire du contrat.

§ 7. — Influence de la forme du contrat sur la compétence

Il nous semble inadmissible que la forme de l'acte constatant l'existence du contrat puisse influer sur la compétence. Les principes qui président à la répartition des compétences sont d'ordre public (1) ; il ne peut pas plus appartenir à l'administration de renoncer à son privilège de juridiction qu'à un particulier de soumettre volontairement un litige au jugement des tribunaux administratifs. A plus forte raison, ne pourrait-on pas

---

(1) Dans certains cas, l'Administration a le choix, pour atteindre un certain but, entre un procédé de droit commun, dont le contentieux relève de la juridiction civile, et un procédé de droit administratif, dont le contentieux relève de la juridiction administrative. Mais, à notre sens, cette liberté de l'Administration n'existe que dans les cas où un litige ne peut amener le juge à apprécier si l'Administration a le droit ou l'obligation de faire un acte essentiellement administratif. Par exemple, pour se procurer certaines marchandises, l'Etat a parfois le droit de choisir entre le marché de fournitures, contrat de droit public, et le marché de gré à gré, contrat de droit civil (v. Hauriou, *Dr. adm.*, 9e éd., p. 69 et 70). En effet, si l'Etat a choisi le marché de gré à gré, le juge du contrat ne peut être amené à constater que l'Etat avait le droit ou l'obligation de faire tel acte essentiellement administratif, puisque l'obligation de l'Etat consiste uniquement dans le paiement du prix des objets livrés et son droit dans l'acquisition de ceux-ci, et que ce droit et cette acquisition ne se rattachent ni directement ni nécessairement à l'organisation ou à l'exécution d'un service public essentiel. L'Etat ne s'est pas engagé, envers le vendeur, à employer ces fournitures à un usage quelconque. Au contraire, dans le cas d'un contrat de concours en vue d'une opération essentiellement administrative, l'administration s'engage toujours, dans une certaine mesure, à accomplir cette opération essentiellement administrative ; elle ne peut donc déroger, dans ce cas, aux règles légales de la compétence.

présumer une telle renonciation en invoquant la forme notariée de l'acte (v. cass. 15 nov. 1913, S. 14, I, 100, cons. d'Ét. 28 juin 1855).

Vu :
Le Président de la thèse,
A. GUILLOIS.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
M. DESLANDRES.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 2 mai 1925.
Le Recteur de l'Académie,
Th. ROSSET.

BIBLIOGRAPHIE

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

Bellemère. — Des offres de concours en immeubles (Th. Paris, 1902).

Couturier de Royas. — Offres des concours et subventions (Th. Lyon, 1913).

Yves Chevallier. — De la nature juridique des offres de concours (Th. Rennes, 1924).

Répertoire Béquet. — Travaux publics, par Tisserant (N^os^ 305-481).

Dalloz. — Code des lois politiques et administratives, t. 3, travaux publics (N^os^ 10118-10123).

Hauriou. — Précis de droit administratif.

Berthélemy. — Traité élémentaire de droit administratif.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français.

Laferrière. — Traité de la juridiction administrative.

Henri Capitant. — De la cause dans les obligations.

Pierre-Louis Lucas. — Volonté et cause.

Maury. — De l'équivalence dans les contrats.

Répertoire pratique de Dalloz. — N^os^ cultes et donations.

Marc-Noël. — De la notion du travail public.

Michonot. — De la personnalité morale (t. 2, ch. VIII, p. 142 et suiv.

Table des Matières

INTRODUCTION 1
§ 1. — Définition 1
§ 2. — Caractères de l'offre de concours : contrat administratif 4

CHAPITRE I. — **Nature juridique de l'offre de concours** 7
La cause des obligations des deux parties en présence consiste dans l'exécution d'une opération administrative 7
Le contrat de concours est synallagmatique ou synallagmatique imparfait 16
Le contrat de concours peut être gratuit ou onéreux ... 18

CHAPITRE II. — **De la Pollicitation.** — Définition 33
§ 1. — Formes de la pollicitation 33
§ 2. — Qui peut offrir un concours ? 34
A) Personnes physiques 34
B) Personnes morales privées 36
C) Personnes publiques 37
1° En vue de quelles opérations ? 37
2° Par quelles autorités 37
État 38
Départements 45
Communes 46
Établissements publics 46
§ 3. — Effets de la pollicitation 51

CHAPITRE III. — **De l'acceptation** 55
§ 1. — Qui peut accepter? 55
§ 2. — Formes de l'acceptation et de l'acte constatant le contrat 61
§ 3. — Effets de l'acceptation 63

CHAPITRE IV. — **Refus de l'administration** 65
§ 1. — Qui peut refuser l'offre de concours? 63
§ 2. — L'administration est-elle parfois juridiquement tenue d'accepter une offre de concours? 66
I. — Engagement antérieur 66
II. — Offre de concours des fidèles en vue de la réparation d'une église lorsque cette offre est suffisante 67
III. — Offre de concours en vue d'une opération obligatoire lorsque l'administration manque de ressources pour exécuter cette opération 80

CHAPITRE V. — **Des obligations du souscripteur** 83
§ 1. Étendue des obligations du souscripteur 83
§ 2. — Transmission 88
§ 3. — Extinction 92
§ 4. — Extinction par prescription 94

CHAPITRE VI. — **Des obligations de l'Administration acceptante** 95
§ 1. — A quoi peut s'obliger l'administration? 95
Principe de la compétence et de la spécialité 97
Principe de la gratuité des services publics 99
Principe de l'inaliénabilité des prérogatives de la puissance publique 99
§ 2. — Etendue des obligations de l'administration 104
§ 3. — Exécution 106
§ 4. — Transmission 114

CHAPITRE VII. — **Résiliation. Révocation. Réduction des offres de concours** 115
§ 1. — Résiliation 115
§ 2. — Révocation pour cause de survenance d'enfant et réduction pour atteinte à la réserve 116

CHAPITRE VIII. — **Contentieux des offres de concours** 121

§ 1. — Le concours est promis en vue d'une opération de travaux publics 123
§ 2. — Offres de concours en vue d'opérations de service public ne comportant aucun élément de travail public. Compétence du Conseil d'État 127
§ 3. — Compétence en matière de legs 129
§ 4. — Compétence des juridictions ordinaires 130
§ 5. — Exemples 130
§ 6. — Analogies 132
§ 7. — Influence de la forme du contrat sur la compétence 134

DIJON, IMPRIMERIE VEUVE P. BERTHIER